LUISS

Dipartimento
Di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Amministrativo II

L'Influenza delle Politiche dell'Unione Europea sui Sistemi Sanitari Nazionali: uno Sguardo Comparativo

Chiar.mo Prof.
Aldo Sandulli

RELATORE

Chiar.mo Prof. Ferdinando
Christian Iaione

CORRELATORE

Alessio Laconi Matr.141453

CANDIDATO

Anno Accademico 2019/2020

INDICE

CAPITOLO I

1. **Sistemi Sanitari in Italia: cenni storici.....p. 7**
   - **1.1. L'Italia liberale ed il Fascismo……..p. 8**
   - **1.2. L'esperienza del sistema mutualistico ……..p. 16**
2. **Il Diritto alla Salute…….….p. 30**
   - **2.1. L'avvento dei diritti sociali …….……p. 30**
     - **2.1.1. Il percorso dei Diritti Sociali e di Libertà.....p. 31**
     - **2.1.2. I 'diritti sociali' come 'diritti finanziariamente condizionati'……...…p. 34**
   - **2.2. La Costituzione italiana……...….p. 37**
     - **2.2.1. Il diritto alla salute nella Costituzione repubblicana…….p. 38**
     - **2.2.2. Natura e contenuto del Diritto alla Salute nella sua forma individualistica.....p. 40**
   - **2.3. I limiti al Diritto alla Salute ……..…….p. 46**
     - **2.3.1. "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento se non per disposizione di legge.....p. 46**
     - **2.3.2. Il Diritto alla Salute come 'diritto finanziariamente condizionato'.....p. 51**
3. **Il Servizio Sanitario Nazionale: la sua evoluzione……...……..p. 54**
   - **3.1. La 'Riforma' della Legge 23 dicembre 1978, n. 833……...….p. 54**
     - **3.1.1. L'*universalità* del sistema…….p. 56**
     - **3.1.2. L'*uguaglianza* di trattamento …….p. 57**
     - **3.1.3. L'*unicità* dell'amministrazione ……..p. 59**
     - **3.1.4. La *globalità* delle prestazioni……...p. 61**
     - **3.1.5. La struttura amministrativa del nuovo SSN……...……...p. 63**
   - **3.2. Le Riforme degli anni 90, verso la regionalizzazione e l'aziendalizzazione del SSN...p. 70**
     - **3.2.1. Il decreto legislativo 502/92…….p. 70**
     - **3.2.2. Il decreto legislativo 229/99……..……p. 79**
   - **3.3. La Riforma del Titolo V della Costituzione e poteri statali e regionali in materia sanitaria ……..…p. 82**
     - **3.3.1. La Riforma del Titolo V……...p. 82**
     - **3.3.2. Riparto delle competenze tra Stato e Regioni alla luce della Riforma……p. 88**
   - **3.4. Finanziamento del SSN e federalismo fiscale ……..p. 93**
     - **3.4.1. Federalismo fiscale ed *uniformità* delle prestazioni……...p. 96**
4. **I soggetti del SSN……..….…p. 100**
   - **4.1. I soggetti istituzionali a livello statale……..….…p. 100**
     - **4.1.1. Il Ministero della Salute……..….p. 100**
     - **4.1.2. Enti pubblici in materia sanitaria e consultivi del Ministero della Salute…..p. 102**
   - **4.2. Le aziende Sanitarie ……..p. 105**
     - **4.2.1. Le Aziende Sanitarie Locali (ASL)…….p. 105**
     - **4.2.2. L'azienda Ospedaliera ……..…p. 110**
   - **4.3. I soggetti privati nel SSN……...……p. 111**
     - **4.3.1. Il sistema delle tre A…….……p. 112**

CAPITOLO II

1. Unione Europea e tutela della salute ……...…p. 117
1.1. La nozione di ‘salute’……p. 118
1.1.1. Una visione di insieme……..p. 118
1.1.2. La ‘salute’ nel diritto europeo……..…p. 123
1.2. I due settori per la tutela della salute: ‘sanità pubblica’ e ‘prestazione sanitaria’……...……p.127
1.2.1. La ‘sanità pubblica’……..p. 127
1.2.2. L’assistenza sanitaria ……..p. 131
1.3. La salute ed il mercato interno……..p. 134
1.3.1. Il Mercato Interno……p. 134
1.3.2. La ‘sanità pubblica’ ed il mercato interno……p. 138
1.3.3. L’assistenza sanitaria ed il mercato interno ……..p. 142
1.4. Il Diritto alla salute nel Diritto europeo……...……p. 146
1.4.1. Il Diritto alla salute nei Diritti Umani, nell’ordinamento europeo……..p. 146
1.4.2. La Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea……..p. 149
1.5. Alcuni sistemi sanitari nell’Unione Europea……...……p. 155
1.5.1. Il sistema belga……..p. 156
1.5.2. Il sistema tedesco……...p. 159
1.5.3. Il sistema spagnolo……p. 165
1.5.4. Il sistema francese ……p. 169
2. Le Competenze dell’Unione Europea……...……p. 175
2.1. Un’introduzione storica ……p. 175
2.2. Da Roma a Maastricht ……..p. 180
2.2.1. ‘Politica comune nel settore dell’agricoltura’……p. 181
2.2.2. Tutela sociale dei lavoratori ……....p. 183
2.2.3. Altri settori, e motivi, d’intervento……...……..p. 184
2.2.4. L’Atto Unico Europeo (1986) (AUE)……..p. 186
2.3. Da Maastricht a Lisbona ……..p. 189
2.3.1. Una premessa sulla strada per Maastricht ……....p. 189
2.3.2. Le novità introdotte dal Trattato di Maastricht ……...p. 191
2.3.3. Sulla strada verso Amsterdam ……...p. 195
2.3.4. Il Trattato di Amsterdam ……....p. 198
2.3.5. Il Nuovo Millennio……...……p. 205
2.4. Da Lisbona ad oggi……..…p. 207
2.4.1. La ripartizione di competenze dell’Unione Europea e degli Stati membri….p. 208
2.4.2. Altre modifiche del Trattato di Lisbona……p. 215
2.4.3. Evoluzione del Patto di Stabilità e Crescita e della governance europea dell’economia……p. 218
3. La disciplina della Salute nel Diritto Europeo……....p. 224
3.1. L’assistenza sanitaria transfrontaliera ……....p. 224
3.2. Il ruolo innovativo della Corte di Giustizia dell’Unione Europea……p. 229
3.2.1. L’assistenza sanitaria è un servizio? ……..p. 229
3.2.2. I casi *Kohll* e *Decker*……...p. 233
3.2.3. Altri contributi della Corte……..……p. 238
3.2.4. Il caso *Watts*……....p. 245
3.2.5. Conclusioni ……...……p. 252

3.3. La Direttiva 2011/24/UE……p. 257
3.3.1. Una breve introduzione……p. 257
3.3.2. Ambito d'applicazione e profili rilevanti ……...p. 259
3.3.3. Diritto al rimborso delle spese sostenute ……..……p. 262
3.3.4. La previa autorizzazione ……..…p. 266
3.3.5. Il rapporto con il Regolamento 883/04…….....p. 267
3.3.6. La cooperazione tra gli Stati…….....p. 269

CAPITOLO III

1. La salute nel mercato interno……...p. 275
1.1. Le regole sulla concorrenza ……..…p. 278
1.1.1. Un'introduzione ……...p. 278
1.1.2. L'ambito di applicazione delle regole sulla concorrenza…….....p. 284
1.1.3. Gli aiuti di Stato……....p. 291
1.2. L'applicazione nel settore sanitario ……..……..p. 295
1.2.1. Il contesto ……..…p. 295
1.2.2. I servizi d'interesse (economico) generale……..…p. 296
1.2.3. Il settore sanitario è un servizio di interesse (economico) generale? ……..p. 302
1.3. Le privatizzazioni del settore sanitario ……p. 318
2. La crisi finanziaria del 2008 e le politiche di *austerity*……p. 326
2.1. Gli elementi della crisi finanziaria ……...p. 326
2.2. La crisi in Europa……...p. 328
2.2.1. Integrazione economica europea e modello sociale europeo ……p. 328
2.2.2. La crisi dei debiti sovrani e l'*austerity*……p. 333
2.3. I tagli alla sanità…….p. 339
3. La crisi sanitaria da COVID-19 e la crisi economica del 2020……..…p. 346
3.1. La dimensione europea della crisi…….…p. 348
3.2. La risposta dell'UE alla crisi sanitaria ed economica ……p. 350
3.2.1. Supportando la sanità pubblica……...p. 350
3.2.2. Supportando l'economia ed i sistemi sanitari nazionali, il *Recovery Plan* ed il MES…….....p. 355

Bibliografia essenziale……...p. 366

A Daniela,

CAPITOLO I

1. Sistemi Sanitari in Italia: cenni storici

Per poter svolgere un'analisi degli effetti delle politiche europee sui sistemi sanitari degli Stati Membri non ci si può esimere di compiere, preliminarmente, uno studio di alcuni elementi alla base dei sistemi sanitari nazionali stessi, più nello specifico dell'organizzazione della sanità stessa, della quale il sistema sanitario è solamente l'apparato amministrativo ed operativo tramite il quale lo Stato e come vedremo i soggetti privati erogano servizi e prestazioni che conferiscono un senso reale e concreto alla generica parola 'Sanità'.

Innanzitutto analizzerò il sistema sanitario italiano, del quale verranno messi in luce gli aspetti rilevanti che ne hanno fatto un'eccellenza nel mondo, quelli peculiari, basti guardare alla sua natura, che oggi giorno è pressoché *ibrida*, in particolare per quanto concerne erogazione dei servizi, l'intervento pubblico e privato sono quasi equiparati.
Ciò permetterà, nondimeno, di analizzare anche delle criticità che sembrano tuttavia essere strettamente connesse agli aspetti peculiari del sistema sanitario stesso, quale ad esempio il divario sempre maggiore che esiste tra i diversi sistemi sanitari regionali, causando di conseguenza una minaccia a principi fondamentali quali l'*uniformità* ed *universalità* del diritto alla salute delle persone come sancito nella Costituzione[1].
Per compiere tale analisi della Sanità in Italia passerò in rassegna prima di tutto l'evoluzione storica che hanno subito sia il sistema sanitario italiano che il Diritto alla Salute nel tempo.
Anzi pietra angolare dell'analisi sarà proprio il Diritto alla Salute, la sua concezione, evoluzione, interpretazione giurisprudenziale ed il suo contenuto così come descritto nella Costituzione, poiché proprio la sua portata, così come interpretata e delineata, ha uno scopo talmente ampio, data la natura di tale diritto, che influenza, ed ha influenzato, lo stesso sistema sanitario nazionale e, in precedenza, la struttura organizzativa con la quale si assolveva il compito di tutelare la salute quando necessario.
Infatti per poter parlare di diritto alla salute è giusto anche concedersi un momento per vedere come la stessa nozione di '*salute'*, vale a dire il bene che essa mira a tutelare[2],sia cambiata nel tempo, come questa sia stata sempre di più ampliata, travalicando l'originaria puntuale coincidenza con la sfera fisica o biologica del soggetto per andare ad includere anche altri elementi e momenti della vita umana nei quali trova realizzazione, o manifestazione, la soggettività dell'individuo.
Di fatti la nozione di *'salute'* è veramente legata all'interpretazione che di volta in volta è stata data al contenuto del diritto stesso, tanto che è possibile notare come al mutare della concezione della prima muti anche, nello stesso momento, l'interpretazione del secondo ed, ancor più interessante per quanto riguarda i nostri fini, è notare come il primo vero cambiamento circa il concetto di *'salute'* avvenga negli stessi anni di alcuni eventi molto importanti e rilevanti, l'adozione, da parte delle Nazioni Unite, della Dichiarazione

[1]Art.32 Costituzione italiana.
[2]A. PIOGGIA, *Diritto Sanitario e dei servizi sociali*, p.19, Torino, Giappichelli Editore, 2017.

universale dei diritti umani (1948); l'entrata in vigore, nello stesso anno, della Carta Costituzionale, nella quale verrà sancito e scolpito con termini inequivocabili il diritto alla salute per gli esseri umani; ed in ultimo la Convenzione Europea dei diritti umani (CEDU) firmata a Roma nel 1950, la quale ha una portata internazionale e dal 2009, grazie al trattato di Lisbona, è fonte primaria di diritto europeo[3], e sancisce il riconoscimento di diritti e valori fondamentali, nei quali rientra la vita e, più propriamente, la salute umana.

Da quel momento in poi la nozione di *'salute'* si carica di un contenuto personalistico[4], legato alla persona in quanto tale, che non esisteva prima, ed all'interno dei tre documenti di cui sopra viene sancito o riconosciuto un diritto che fa capo proprio al singolo individuo, mostrando così come spesso l'aspetto giuridico, ed i termini legali che sono necessari per quest'analisi, non possono fare a meno anche della relazione con altre scienze[5] e, nel caso specifico, come la nozione di *'salute'* cammini e si evolva in una relazione molto stretta con quella che ha luogo per il diritto alla salute.

La nozione di *'salute'* non rimarrà mai uguale a se stessa, cambierà, porterà su di sé i cambiamenti culturali della società, e ciò avrà delle influenze chiare anche nel modo in cui nella giurisprudenza italiana verrà data un'interpretazione del diritto posto a tutela del bene *'salute'*.

Occorre però partire dai primi momenti utili della storia italiana, riguardo sistema sanitario e diritto alla salute, per poter parlare del presente, per renderlo il più chiaro possibile grazie alla sempre precisa e coerente linea della storia.

Occorre prendere le mosse dall'Italia post-unitaria e liberale, quella dalla quale ha preso poi breve spazio il buio periodo fascista, precedente alla nostra epoca in cui entrò in vigore la Costituzione.

1.1 L'Italia liberale ed il fascismo

In questo periodo della storia italiana, più precisamente gli anni che vanno dall'unità del 1861 alla caduta del regime fascista, non si può parlare di un vero e proprio sistema sanitario nazionale, perlomeno nei termini come lo intendiamo oggi.
Di fatti, per ragioni che vedremo, non esisteva un sistema sanitario in termini moderni, bensì cominciava a prender piede un percorso evolutivo in campo medico e, per la prima volta nella storia, anche in ambito scientifico che avrebbe poi messo le basi e tracciato la strada che ha portato alle esperienze del sistema mutualistico prima e del Sistema Sanitario Nazionale tutt'ora esistente.

[3] Art.6 TFUE.
[4] A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p.19-20.
[5] Circa una lettura interdisciplinare delle politiche sanitarie e del diritto alla salute è stato di utile ispirazione il testo '*EU Health law and policy'* di ANNIEK DE RUIJTER, Oxford University Press, 2019, poiché l'approccio seguito da tale studiosa, come avviene spesso nelle tradizione nord europea, non è confinato in una singola disciplina, ma prende come assunto iniziale la relazione stretta fra varie.

Negli anni di questo periodo molto ampio e diverso ci sono stati chiaramente dei mutamenti culturali e sociali, riforme, politiche sanitarie diversificate per cui non si deve cadere nella semplificazione assimilando questi quasi cento anni di storia ad un concetto unitario.

C'è senza ombra di dubbio un filo che unisce e permette di analizzare coerentemente questi 80 anni, motivo per il quale la trattazione può avvenire in forma singola.

Questo filo, che permette un'analisi in senso cronologico dell'evoluzione amministrativa delle politiche sanitarie in Italia, è il contesto sociale e scientifico che cambia in Italia traducendo i propri mutamenti in leggi e nuove forme di amministrazione della sanità.

Una prima tappa di questo percorso evolutivo, importante per quest'analisi, è il primo governo Crispi[6], poiché è durante la sua esperienza di governo che vengono promosse delle riforme che mutano l'assetto amministrativo ed istituzionale italiano, investendo anche l'ambito 'sanitario'. In particolare nel 1887, proprio all'alba del suo insediamento al governo 'un decreto reale autorizzava il governo a presentare nove leggi fondamentali: legge sull'amministrazione centrale dello Stato, modifica alla legge comunale e provinciale, […], il codice di igiene pubblica'[7].

Come si può notare, quindi, tra le materie espressamente incluse nello spettro delle riforme c'era anche la promulgazione di un '*codice di igiene pubblica'*, che, si badi bene, non include in alcun modo il termine *'sanità'* perché, data la condizione scientifica dell' *'ars medica'* in Italia, ancora non si era riformata[8] quell'impostazione del medico professionale che in maniera positivista procedesse dall'osservazione del sintomo, risalendo tramite l'eziopatogenesi, alla definizione di una diagnosi per una cura.

Conseguentemente gli obiettivi delle politiche sanitarie erano basati su diverse considerazioni ideologiche, che riscontravano nella prevenzione tramite quella che la Vicarelli chiama *utopia igienista* il modo per incidere e migliorare le condizioni di salute di una popolazione italiana post-unitaria che versava in uno stato di indigenza ben peggiore rispetto ai cittadini della stessa epoca in particolare francesi, tedeschi ed inglesi[9].

Questa puntualizzazione è importante perché ci serve per comprendere a fondo la natura della riforma che Crispi si accingeva a portare a compimento, in particolare per comprendere meglio anche in che modo si strutturasse quella peculiare forma di sistema sanitario, oltre che il contesto in cui ciò avveniva.

Di fatti in quegli anni dell'Ottocento, precedenti alla nomina di Crispi e alla promulgazione del codice, abbiamo visto che in Italia i suoi cittadini versano in condizioni di salute ben peggiori rispetto a quelle di cittadini di altri paesi europei con i quali dovevamo confrontarsi e le teorie mediche che si facevano strada nel nostro paese erano diverse rispetto a quelle che invece fiorivano in questi altri.

---

[6]Crispi si insediò al governo alla morte di Depretis, il 29 luglio 1887 ed restò in carica fino al 6 febbraio 1891.

[7]Nota alla pagina 79di G. VICARELLI, *Alle radici della politica sanitaria in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1997.

[8] Mi riferisco a quell'impostazione che è tipica del periodo in cui nasce l' *'ars medica'*, in particolare del medico greco di cui lineamenti metodologici sono riscontrabili anche nel testo originario del *Giuramento di Ippocrate*.

[9] Per vedere delle statistiche sulla mortalità, anche infantile, nella seconda metà dell'Ottocento tra i paesi di cui sopra rimando alle fonti Chesnais del 1992.

In particolare tutte le attenzioni di esperti, professori o medici, e dei politici erano rivolte all'idea della prevenzione grazie al miglioramento delle condizioni igieniche principalmente nei posti di lavoro e nelle abitazioni[10].

Ciò determinò delle iniziali politiche, in particolare negli anni 60 e 70 dell'Ottocento, inerenti al mondo del lavoro per evitare che in particolare i giovani trascorressero troppo tempo in luoghi decisamente insalubri, mentre ancora poco si investiva nelle riforme sanitarie vere e proprie, poiché, come abbiamo detto, ancora le idee positiviste della medicina nord-europea non avevano trovato un successo incondizionato, in particolare nelle università[11], nonostante alla fine un'influenza al momento della promulgazione si verificherà.

Questo tipo di politiche, benché avessero ridotto di poco il numero di decessi e malati riscontrati nelle indagini, non risultavano di certo efficaci in un'ottica di più lunga durata, e ciò venne messo in risalto in particolare dai medici militari poiché si riscontrò, quando vennero indette le leve degli anni 70 dell'Ottocento, che il numero di riformati era eccessivo per quanti facessero domanda, portando alla luce la questione della condizione dell'esercito italiano che, come ha ben definito l'economista liberale Corbino, "pur essendo alleati degli imperi centrali, dovevamo tenere un esercito che fosse in grado di eguagliare quello dell'Austria-Ungheria ed una marina che potesse gareggiare con quella della Francia, ciò che imponeva al nostro paese uno sforzo superiore alle sue possibilità economiche"[12].

Questi due fattori principali, che sono decisamente legati fra di loro, andavano a costituire lo sfondo sul quale si inserisce la riforma portata a termine dal governo Crispi.

Portata a termine perché l'iter parlamentare che seguì, cominciò nel 1866, con al governo la Destra Storica, attraversando e raccogliendo, quindi, su di sé, i vari mutamenti e tendenze che i quei 20 anni si erano succeduti. La sua promulgazione avvenne nel 1888, il 22 dicembre, legge 5849, *'Legge per la tutela della igiene e della sanità pubblica'*[13].

All'alba della riforma si modifica, o per meglio dire, si va a creare un apparato amministrativo vero e proprio che lega lo Stato all'erogazione di arcaici servizi sanitari. Il Titolo I della legge riguarda proprio *"Ordinamento dell'amministrazione e dell'assistenza sanitarla del Regno"*. L'art.1, con termini molto generali attribuisce al Ministero degli Interni il compito di tutela della sanità pubblica. Ministero

[10]Sono di quegli anni, in particolare a partire dagli anni 60 dell'Ottocento, le prime indagini, anche parlamentari, per rendersi conto dello stato di igiene e salute degli ambienti in cui gli italiani trascorrevano la maggior parte del loro tempo, più nello specifico erano sotto analisi il lavoro in miniera, in alcuni stabilimenti del Nord, le situazioni delle paludi e degli ospedali stessi.

[11]Emblematici sono i casi dei professori *Moleschott*, le quali lezioni di fisiologia all'università di Torino vennero definite da accademici come 'imbrogliate bestemmie germaniche che spingevano i giovani medici a professare medicina atea', e *Schiff*, che venne trascinato in tribunale perché i rumori provenienti dal laboratorio in cui operava vivisezioni ritenute fondamentali per comprendere la fisiologia disturbavano la quiete pubblica.

[12] È da tenere comunque a mente che si trattava ancora di un'Italia librale che non era incline ad intervento dello stato nelle politiche sociali del paese, dunque di base neanche nell'ambito sanitario, se non che l'esercito riguardava un supremo interesse pubblico.

[13] Alla fine il termine sanità verrà incluso, poiché quei pochi medici, luminari dell'epoca, che furono posti nel corso degli anni dai vari presidenti del governo a capo delle commissioni parlamentari in ambito sanitario avevano ormai abbracciato idee diverse da quelle che vedevano nell'igiene il modo per prevenire l'ammalarsi. Si tratta di Bertani e Pagliani su tutti, che fecero anche la proposta legislativa per quello che diventerà poi il codice.

dell'interno, il quale l'anno precedente era stato oggetto di una riforma organizzativa interna con il quale vennero istituite quattro direzioni generali tra cui quella della sanità pubblica[14]. Ai sensi dell'art.2 della Legge 5849:

"È istituito presso il Ministero dell' interno un Consiglio superiore di sanità. In ogni provincia, alla dipendenza del prefetto, sarà un Consiglio provinciale di sanità. Vi sarà pure un medico provínciale. In ogni comune sarà un medico ufficiale sanitario".

Lo scenario che si delinea ai sensi della legge è di 'un sistema centralizzato e decentrato al pari tempo gestito da burocrati e tecnici'[15], in cui rivestono un ruolo importante i medici ufficiali sanitari, perché a loro era affidato, così come anche prima della riforma, il compito di formulare delle statistiche ed informative sullo stato di salute dei cittadini, oltre che, in base a quella che fosse la domanda, intervenire come medici condotti presso gli indigenti.

Proprio di tale competenza si occupa l'art.3, in combinato con i successivi articoli riguardanti il medico ufficiale sanitario, che nella prassi è proprio lo stesso medico condotto del Comune.

Ai sensi dell'articolo 3 i Comuni sono investiti della competenza circa la tutela medica, ostetrica o zooiatrica delle persone, ove ne fosse necessario, offrendola gratuita a coloro che sono iscritti nei registri dei poveri. La legge non di meno istituiva presso ciascun Comune e Municipio un registro dei poveri al quale potevano iscriversi tutti coloro che versavano in uno stato di povertà, che si badi bene, era diverso da quello che intendiamo oggi, infatti non si iscrivevano vagabondi o disoccupati, bensì padri di famiglia o vedove già nobili i quali non riuscivano a far fronte al sostentamento minimo della famiglia, andando così a privare tali persone di quel minimo fabbisogno che potesse apportare i valori nutritivi necessari a resistere alle condizioni difficili in cui la vita si svolgeva.

Quindi i Comuni ed i Municipi erano gli enti amministrativi che monitoravano la situazione sanitaria e costituivano l'ente amministrativo decentrato delegato all'erogazione di quei minimi servizi medici gratuiti per i poveri, che risultavano nell'intervento del medico condotto ed altresì delle ostetriche condotte[16].

In particolare i medici condotti si trovavano, ai sensi della legge, in una posizione rafforzata rispetto al passato, con maggiori competenze che vennero sottraendole agli enti invece di natura non pubblica ed esonerati da alcun controllo pubblicistico.

Nel contempo, a livello provinciale, i Consigli avevano delle competenze squisitamente amministrative.

Di fatti queste, come sancito all'art. 9 che le elenca, erano numerosissime oltre che di natura diversa. Esse andavano dal monitorare lo stato di salute nelle Provincie, esercitando poteri di controllo sui Comuni,

[14]G. VICARELLI, *op. ult. cit.*, p. 59.
[15] G. VICARELLI, *op. ult. cit.*,p. 97.
[16] L'ostetricia fu, anche se non appieno, assimilata all'intervento medico in quanto era necessario preservare la prole e ridurre il numero di morti infantili, sempre per necessità di composizione dell'esercito e della suo condizione.

all'esperire compiti di natura consultiva, sia per tutte quelle materie che erano affidate agli enti locali, come emanazioni di decreti in materia di igiene o salute, sia, come previsto ad esempio dall'art.35, a questioni d'interesse più ampio e territoriale, per cui *'nessuno può aprire e mantenere in esercizio un istituto di cura medico-chirurgica, o di assistenza ostetrica, o stabilimenti balneari, idroterapici o termici, se non coll'autorizzazione del prefetto, sentito il medico provinciale, ed il parere del consiglio provinciale di sanità'*.

Questo era il modo in cui lo Stato, solitamente disinteressato alle questioni di natura sociale, porta nella sue sfera di gravità di competenze un minimo controllo che riguardasse attività mediche, le quali per tradizione erano invece sotto l'influenza principalmente di soggetti cattolici, che interpretavano il compito in maniera più assistenziale e caritatevole che medico[17].

Infine a livello statale il Ministero degli Interni, all'interno del quale è costituito il *Consiglio superiore di sanità*, è delegato anche della tutela dell'igiene pubblica, segnando una piccola svolta all'interno di quello che è lo Stato liberale dell'epoca, è da qualche anno a quella parte infatti che lo Stato riconosce la propria competenza circa le opere di bonifica, fino a quel momento ritenute competenza privata dei proprietari della terra da bonificare, salvo non si trattasse di aree demaniali, perciò tale cambiamento di veduta risulta codificato nella Legge 5849 di Crispi.

La stessa attribuisce allo stato un minimo intervento nel tariffario dei prodotti farmaceutici che cominciano ad essere introdotti in Italia, in particolare dalle industrie tedesche, ritenendo però, ancora, tale mercato libero da interventi statali.

Per concludere una panoramica amministrativa delle competenze statali è necessario evidenziarne altre di controllo di alcune attività, in particolare quelle elencate dall'art. 22.

Da quel momento in poi, ai sensi della legge crispina, i governi si sono preoccupati maggiormente di incidere sulle politiche sociali, ed era oggetto solito di quest'ultime la salubrità degli ambienti, ma avendo ceduto spesso alle pressioni degli industriali, si investiva più su quelli extra-lavorativi che di lavoro stesso.

Inoltre si erano limitate le ore di lavoro massimo per fanciulli, per le donne, oltre che il minimo di età richiesto per poter lavorare, 13 anni per le miniere, 12 per le fabbriche.

Altra importante riforma che merita una breve menzione è l'istituzione della Cassa nazionale per la maternità, che affiancava quella già esistente per il risparmio[18].

In quegli anni infatti si cominciava a riconoscere il lavoro delle donne[19], tanto che nel dibattito politico si ravvisavano varie richieste di parità di salario, che però venivano osteggiate dagli ultimi liberali in

[17] Non a caso osteggiarono fortemente le prime versioni della riforma della Sinistra storica in ambito sanitario, ed anche fuori dall'ambito della medicina, per non perdere il loro monopolio che gli aveva assicurato una notevole ricchezza in particolare grazie alle entrate derivanti dalla beneficienza.

[18] Cassa di risparmio che, nel tempo, interverrà diverse volte per porre dei rimedi alle mancanze finanziarie degli enti del sistema sanitario.

Parlamento ed ovviamente dagli imprenditori che cercavano di evitare ogni possibilità di dover essere gravati da altri oneri fiscali.

Il governo Giolitti, in particolare il secondo governo[20], ha il merito di aver portato a termine due importanti riforme nell'ambito del sistema sanitario, perlomeno in quell'impalcatura che il governo Crispi aveva posto in piedi. Le due riforme di cui è opportuna una breve discussione sono quelle sulla riforma degli ospedali e sulla prima disciplina in materia di 'manicomi'.

A ciò si aggiunga che nel 1904, la legge del 25 gennaio, aveva portato ad un rafforzamento ancora ulteriore del compito dei Comuni e Municipi di fornire cure ai poveri, confermando quindi la prima divisione amministrativa operata da Crispi.

È infatti proprio di pochi giorni successivi alla appena sopracitata legge quella che riguarda le *'Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati'*. Legge 36 del 4 febbraio 1904.

Questa è la prima forma di regolamentazione legislativa che ricevono soggetti che oggi definiremmo malati di mente, e di cui si avrà modo di parlare meglio successivamente.

Di tale legge occorre sottolineare e mostrare l'aspetto più propriamente amministrativo, nonostante molto sarebbe da dire, sull'iter parlamentare lunghissimo che ha attraversato ed il contesto culturale nel quale ciò avveniva, influenzando decisamente le varie versioni che nel corso degli anni si sono susseguite.

Prendendo però in considerazione l'aspetto amministrativo è opportuno ribadire che tale legge, implicitamente conferma le disposizioni della Legge 5849 del 1888, e di conseguenza quel mutamento che lo Stato andava apportando alla sua posizione nei confronti delle materie sanitarie. Infatti se con la riforma crispina lo Stato riconosce degli obblighi verso la salute delle persone, seppur includendo questa ancora in un'ottica d'interesse pubblico, con quella giolittiana ciò si evidenzia ed avviene ancor più nettamente.

Di fatti con tale riforma la struttura centralizzata e decentrata, come afferma Vicarelli, si arricchisce di nuovi connotati e competenze.

Questa volta ad essere investite di tale onere sono le Provincie[21] le quali saranno la foce delle competenze statali in materia medica. In particolare a queste viene attribuito l'onere finanziario di provvedere agli alienati poveri, proprio come Comuni e Municipi che invece erano responsabili verso i poveri in via generale, con i quali comunque viene, per alcuni casi, riconosciuta una competenza parallela.

Cita infatti l'art.6 della suddetta legge al primo e secondo comma:

---

[19] Tutto ciò avveniva ancora in un'ottica statalista, l'interesse pubblico che veniva ad essere realizzato dal lavoro delle donne e della maternità meritava di tutela non le donne in quanto esseri umani.

[20] Il secondo governo Giolitti restò in carica dal 3 novembre 1903 al 4 marzo 1905.

[21] Il motivo per cui la scelta ricadde sulle Provincie ha un fondamento storico. L'Italia, infatti, da fine Settecento è stata un esempio importante, in collaborazione con altri Stati europei, circa il trattamento degli 'alienati mentali'. Nei progetti dei governi della Restaurazione ed anche di quelli precedenti si era visto nel manicomio il mezzo migliore per il trattamento di tali persone, e gli stessi programmi governativi avevano l'obiettivo di istituire in ogni provincia italiana un manicomio. Perciò al concludersi dell'iter legislativo e parlamentare per l'approvazione della legge tali istituti risiedevano presso tali enti che nel tempo, con l'Unità entrarono a far parte del Regno Italiano.

“Nulla è innovato alle disposizioni vigenti circa l'obbligo delle provincie di provvedere alle spese pel mantenimento degli alienati poveri. La spesa pel trasporto di questi al manicomio è a carico dei comuni nei quali essi si trovano nel momento in cui l'alienazione mentale viene constatata; quella per ricondurli in famiglia è a carico della provincia a cui incombeva l'obbligo del mantenimento; quella pel trasferimento da un manicomio all'altro a carico della provincia che l'ha ordinato”.

Continua poi lo stesso articolo riconoscendo in capo allo Stato invece l’onere delle spese per alienati provenienti dall’estero, per i condannati o giudicabili fino ad espiazione pena o cessata necessità d’internamento.

Appare evidente come la legge insista su un modello che si decentra nell’attribuire competenze a soggetti amministrativi più vicini ai raggruppamenti sociali.

Il carattere centralizzato dei poteri è invece visibile nell’attribuzione ai Tribunali di quello di poter decidere in merito all’opportunità di internare o meno un soggetto.

I Tribunali dovevano infatti emanare dei decreti che riguardassero la presa in custodia di un alienato o la sua liberazione a fine trattamento, ed anche decisioni speciali, come ad esempio, la possibilità di ricevere cure in case private.

Infine tutta la materia riguardante il controllo di tali luoghi, l’investimento di poteri del Direttore del manicomio che godeva di poteri amministrativi notevoli ed il mantenimento dell’ordine pubblico erano invece demandati al Ministero dell’Interno, già competente da vari anni in materia sanitaria.

Cita l’art.8 della legge:

“La vigilanza sui manicomi pubblici e privati e sugli alienati curati in casa privata è affidata al ministro dell'interno ed ai prefetti. Essa è esercitata in ogni provincia da una commissione composta dal prefetto, che la presiede, del medico provinciale e di un medico alienista nominato dal ministro dell'interno”.

Queste sono quindi le disposizioni della legge 36 del 14 febbraio 1904, in materia di manicomi ed alienati, che sono in perfetta linea con la tendenza ormai intrapresa dallo Stato italiano del tempo.

E della stessa è anche la legge invece che investe gli ospedali.

La Legge 390 del 18 luglio 1904.

Con questa legge Giolitti, come avvenuto mesi prima con la Legge 36/1904, rafforza gli apparati amministrativi, in particolar quelli preposti al controllo e coordinamento del settore assistenziale, istituisce di fatti delle Commissioni provinciali per assistenza e beneficienza, oltre che al consiglio superiore.

Così facendo viene portata alla concretizzazione la struttura amministrativa della Legge 5849, in particolare la definizione amministrativa contenuta nell’articolo 1.

Circa i soggetti che operano all’interno di tale assetto amministrativo del ‘proto’ sistema sanitario italiano, il ruolo preminente è giocato dalle così dette Opere Pie, enti principalmente di matrice assistenzialista e cattolica, alle quali, come detto, la riforma di Crispi intende sottrarre alcune mansioni, in particolare quelle

che concernono gli ospedali, che dalle indagini degli anni precedenti risultano versare in condizioni disastrose, i ricoveri per i cronici e l'assistenza a domicilio, portata nella sfera di competenza di Comuni e Municipi, delegata da questi poi ai medici condotti.

Affianco di queste sorgono e si sviluppano nello stesso periodo le Casse Mutue, enti assicurativi di varia natura ed origine[22] che sulla base dei versamenti più o meno eterogenei degli iscritti si obbligano a corrispondere le spese da questi sostenuti per le cure, oltre che spesso anche garantire una parte del salario degli stessi[23].

Le Casse Mutue trovano la loro ragione d'essere proprio considerando il periodo storico in oggetto. Di fatti l'Italia di quegli anni è caratterizzata dall'adesione a politiche e teorie economiche di stampo liberista, caratterizzata quindi da un tendenziale disinteresse all'intervento in materie di carattere sociale come la sanità, nonostante sia già stato evidenziato come la riforma Crispi segni invece una leggera inversione rispetto il normale *lassez-faire*. Dunque tale disinteresse si traduce nell'assenza, sul piano concreto, di tutele e garanzie per i cittadini all'interno del sistema sanitario e questi perciò le cercheranno all'interno del sistema assicurativo, di natura prettamente volontaria, delle Casse Mutue.

Come detto infatti queste oltre che rimborsare le spese sanitarie sostenute, garantivano una percentuale delle mensilità salariali, sopendo i timori di quelle fasce, ampie, di popolazione, di lavoratori, che assimilavano la perdita dell'integrità fisica[24], di conseguenza l'impossibilità di lavorare, alla perdita economica, se non del lavoro stesso.

Il sopradescritto sistema di assicurazione alle Casse Mutue, caratterizzato dalla volontarietà, inserisce il 'modello' del sistema sanitario dell'epoca in quello che, nella teoria di oggi, viene definito di *assicurazione volontaria*, quello che, con caratteri peculiari e più performanti è in vigore negli Stati Uniti.

Tale resterà fino al 1943, data in cui l'ormai in declino regime fascista, emanerà una legge che introdurrà l'assicurazione obbligatoria alle Casse Mutue, la Legge 138 dell'11 gennaio 1943, con la quale si porta a termine, inoltre, un dibattito politico sull'assicurazione obbligatoria durato vari anni, sempre poi confluito in una rinuncia dello Stato ad investire somme ingenti per rimodellare e riformare un sistema sanitario malato, dove l'eccessivo numero di Casse dava luogo a frammentarietà del sistema, sovrapposizione delle cure e

[22] Le Mutue dell'epoca nacquero principalmente su una base territoriale, vale a dire riunendo un bacino di utenti su base territoriale, così anche più coerentemente con la struttura del sistema crispino, mentre poi crebbero seguendo un'ottica più professionistica, vale a dire raggruppando soggetti svolgenti lavori comuni.

[23] Prelievo dallo stipendio che poteva oscillare tra il 0,25 e 3 percento del salario, mentre invece il rimborso del salario corrispondeva nei casi migliori al 60 percento della mensilità del lavoratore.

[24] Qui ometto volontariamente il termine che solitamente è accostato al sostantivo *'fisico'* vale a dire *'psichico'* poiché, nell'epoca di cui stiamo parlando, la salute mentale era un concetto molto astratto e se trattato veniva fatto con modalità non propriamente mediche, per cui la sfera irrazionale o psichica di una persona non costituiva interesse realmente medico ma più un aspetto non funzionante di una persona che veniva inglobato in un'ottica sociale, per cui tali 'malati mentali' erano solamente allontanati dalla società, quasi per ragioni di ordine pubblico. A riguardo rimando ai lavori della *Netforpp* e del loro progetto '*MAI+'* in cui è studiato, mostrato e spiegato il trattamento dei malati mentali durante nazismo e fascismo.

quindi dei pagamenti e clientelismo, poiché esse, non essendo mai state realmente disciplinate dallo Stato e perciò non subendo da questo reali controlli, avevano dato vita ad un modello in cui i favoritismi erodevano il già carente sistema.

Anzi dall'assenza di controllo di cui sopra, il regime fascista aveva anche favorito la creazione di Casse Mutue.

Nel 1929 una decisone del Consiglio superiore dell'economia nazionale aveva stabilito esplicitamente che per non gravare ulteriormente sullo Stato si doveva facilitare il più possibile la creazione delle stesse, sempre senza prevedere, dall'altra parte, controlli adeguati, altresì coerenti con l'ideologia corporativista, fortemente disciplinata e di controllo, che caratterizzava la vita economica del Paese.

La Legge 138 del 1943 costituirà quindi il passaggio dal modello di sistema sanitario basato sull'*assicurazione volontaria* a quello intermedio della storia italiana, che durerà fino al 1978, basato sull'*assicurazione obbligatoria.*

1.2 L'esperienza del sistema mutualistico

La Legge 138 dell'11 gennaio 1943 segna un passaggio importante nell'evoluzione del sistema sanitario italiano. Infatti da quella data in poi il sistema basato sull'assicurazione preminentemente volontaria alle Casse Mutue autonome diviene obbligatorio, vale a dire che i soggetti inclusi nella legge dovranno obbligatoriamente essere iscritti ad una Mutua che si vedrà destinataria di determinati obblighi circa cura dei soggetti iscritti.

Questo passaggio non avvenne in maniera netta ed improvvisa, bensì è il culmine di un processo che si svolse durante i primi anni del XX secolo, di fatti già durante i governi giolittiani, ed anche quelli successivi, si paventava la possibilità, ed alle volte la necessità, di mettere mano all'ingarbugliato sistema delle Casse Mutue.

Purtroppo ciò non avvenne fino al 1943, nonostante proprio durante di quegli anni precedenti furono i primi accenni di cambiamento ed apertura ad un sistema caratterizzato dall'obbligatorietà.

In particolare l'obbligatorietà della copertura assicurativa contro le malattie era la forma di tutela che gli esponenti sociali speravano e chiedevano, mentre per lo Stato era la forma di intervento sociale che si cercava di frenare e mitigare in ogni modo.

Di fatti tra il secondo governo Giolitti ed il governo Nitti furono organizzati vari Congressi da soggetti differenti, ora il Partito Socialista, ora i lavoratori, operai, ora i medici condotti, che erano i più grandi sostenitori di una riforma di questo tipo.

Tali Congressi ponevano i governi di volta in volta in carica sotto un'importante pressione che li obbligava a non rimandare ancora di più una riforma dell'assicurazione sociale.

A dire la verità una certa esigenza riformatrice era avvertita anche per ragioni economiche e quindi auspicata da parlamentari di maggioranza.

Il sistema di amministrazione della sanità diveniva sempre più oneroso per le finanze pubbliche, in quanto i Comuni, demandati all'erogazione a proprie spese di interventi medici, non erano più in grado di far fronte alla domanda sempre maggiore di interventi medici che aumentarono, presentando anche nuove forme di malattie, a causa, da una parte, della crescente industrializzazione ed urbanizzazione che concentravano in un sol luogo, insalubre, numerose persone.

Dall'altra la Grande Guerra in cui persero la vita più di un milione di persone e permise la diffusione ed il dilagare di moltissime malattie.

I Comuni quindi non potevano più, con le opere benefiche che costituivano la loro principale forma di finanziamento, sostenere un sistema sanitario basato sul modello di *assicurazione volontaria* privo, quindi, di contributi atti a finanziarlo.

A tali necessità ed istanze provenienti da più parti, nonostante la guerra, il Governo Nitti rispose istituendo una Commissione parlamentare incaricata di studiare "il miglior modo di organizzare l'assicurazione obbligatoria contro le malattie e di coordinarla con i servizi di assistenza medica ed ospedaliera, di tutela della maternità e con l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e con le esistenti istituzioni di beneficienza e di mutuo soccorso"[25].

Al termine dei lavori la Commissione presentò al Parlamento due disegni di legge, ma quest'ultimo non si concesse neanche un momento per analizzare e discutere in una sessione ordinaria il contenuto di questi, che avevano, dal canto loro, prospettato un sistema di assicurazione obbligatoria molto ampio e generale, in cui l'intervento era profondamente incisivo e riformatore.

Forse per ragioni economiche, dato che lo Stato avrebbe dovuto in maniera molto preponderante farsi carico delle spese sanitarie, ovvero di compromesso politico con le forze conservatrici e clericali, il governo optò per una forma molto più mitigata di assicurazione, quasi timida oserei dire, in cui l'assicurazione obbligatoria veniva imposta per l'invalidità e vecchiaia, per la disoccupazione e per gli infortuni in agricoltura.

Restavano quindi escluse dalle coperture dell'assicurazione obbligatoria una larga parte della popolazione, e più nello specifico di lavoratori.

Il passo successivo a tale processo di estensione dell'assicurazione obbligatoria fu anch'esso non risolutivo né, dati gli effetti che si produssero, efficace.

Il decreto 2055 del 27 ottobre 1927 convertito in legge il 16 dicembre dello stesso anno aveva costituito la risposta del regime di Mussolini al dilagare della tubercolosi.

[25]Citazione integrale dal testo di Cherubini.

Oltre che prevedere un riassetto amministrativo per la gestione dei malati, il regime aveva anche deciso di prevedere, ed imporre, l'assicurazione obbligatoria per coloro che già ne fosse soggetti, in particolare per coloro che fossero già assicurati per invalidità e vecchiaia.

A questi era chiesto di versare un 'sovracontributo' alla '*Cassa nazionale per le assicurazione sociali*' (*CNAS*) per permettere l'erogazione e gestione dei servizi medici antitubercolari.

Senza passare in rassegnagli effetti fallimentari dell'iniziativa, e le ragioni di tale fallimento, ciò che è importante sottolineare, nell'ottica di chiarire e rendere coerente il processo tramite il quale si sia giunti a prevedere l'assicurazione obbligatoria più in generale, è che intanto il Regime aveva, per rendere concreto tale meccanismo della assicurazione obbligatoria con copertura di utenti maggiore, spostato dai Comuni alle Provincie il centro di gestione amministrativa, così come anche prevedeva uno dei due disegni di legge della Commissione parlamentare voluta da Nitti.

Inoltre Mussolini aveva fatto tutto ciò su una base prettamente privatistica, vale dire favorendo la costituzione di consorzi tra Comuni e Provincie, cercando di gravare il meno possibile sulle finanze pubbliche.

Perciò il cambiamento del centro di gestione non supportato da un'azione ed assunzione di responsabilità rispettiva da parte dello Stato, avevano determinato la scarsa efficacia della Legge, ma sono indicazioni chiare della strada che lo Stato percorrerà nei prossimi anni per giungere alla Legge 138 del 1943.

La stessa legge infatti racchiude in sé la visione amministrativa di gestione provinciale che già dal 1927 il regime aveva sperimentato, anche se solo in una maniera parziale.

Entrando ora nello specifico della Legge 138, si veda il sistema che si va a delineare.

Il primo elemento importante che definisce la legge è l'istituzione dell'*Ente "Mutualità fascista - Istituto per l'assistenza di malattia ai lavoratori"*[26].

Presso tale ente, come stabilisce l'art.38, andranno a confluire obbligatoriamente numerose Casse Mutue andatesi a formare negli anni precedenti[27], e più nello specifico *"La Cassa nazionale malattia per gli addetti al commercio, la Federazione nazionale fascista delle Casse mutue di malattia dei lavoratori dell'industria, la Federazione nazionale fascista delle Mutue di malattia per i lavoratori agricoli, la Cassa nazionale assistenza impiegati agricoli e forestali, l'Istituto nazionale fascista di assistenza per i lavoratori delle aziende del credito e delle assicurazioni e dei servizi tributari, le Casse di malattia delle nuove province e gli Enti che ne fanno parte o aderiscono"*.

A ciò va aggiunto quanto stabilito dall'art.4, per cui, oltre a quanto stabilito dall'art.38, sono obbligati ad iscriversi al nuovo Ente i lavoratori dell'agricoltura, dell'industria, del commercio, e del settore creditizio-assicurativo, oltre che lavoratori professionisti ed artisti.

[26] Art.1 della legge 138 del 1943.

[27] Riporta magistralmente Giovanna Vicarelli che nel 1932 il numero di Casse Mutue è di 1875, e la loro copertura nel 1940 oscilla intorno al 35% della popolazione.

Lo stesso articolo prosegue, nel comma successivo, prevedendo la possibilità di nuove iscrizioni per i rappresentanti sindacali di quelle categorie di lavoratori non incluse nell'elenco precedente. Questo è poi ciò che avviene, di fatti negli anni successivi la copertura dell'obbligo di un'assicurazione sociale si amplia, per cui "i primi ad essere inclusi furono i dipendenti degli enti locali (nel 1946) e quelli degli enti di diritto pubblico (nel 1947); nel 1951 fu la volta dei giornalisti e nel 1953 dei dirigenti; nel 1954 toccò ai coltivatori diretti, nel 1956 agli artigiani, nel 1958 ai pescatori, nel 1960 ai commercianti.

Negli anni Sessanta furono istituite le casse mutue dei libero professionisti: farmacisti, medici, veterinari, ingegneri, architetti, avvocati"[28].

Come ha mostrato brillantemente Piperno, durante gli anni in cui tale copertura è aumentata le Mutue coprivano una percentuale sempre maggiore di popolazione, nel 1950 la copertura è al 38% e nel 1966 siamo all'82%, "mentre nel corso degli anni Settanta, il massimo che fu registrato, era del 93% di italiani"[29].

Risulta immediatamente chiara la prima finalità della Legge, porre un ordine all' 'indisciplinato' sistema delle Casse Mutue dell'epoca, soprattutto perché lo Stato si faceva sfuggire delle possibili entrate finanziarie che costituivano le donazioni benefiche che gli enti di cui si è già vista la natura ricevevano per permettersi le proprie attività di gestione ed 'erogazione'.

Una volta definito questo primo elemento della Legge, vediamo come tale nuovo sistema che si profila, con l'obbligatorietà dell'assicurazione sociale, viene gestito ed in cosa, concretamente, consiste.

Occorre innanzitutto specificare quanto già anticipato, vale a dire, che la Legge insiste su una struttura amministrativa dove gli enti locali preposti a svolgere funzioni amministrative non sono più i Comuni, bensì le Provincie, nelle quale, ai sensi della legge sono istituiti dei Comitati che costituiscono uno degli organi del nuovo Ente, che per essere precisi prenderà il nome di 'Istituto nazionale per l'assicurazione contro le malattie' (INAM) con il *decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato n. 435 del 13 maggio 1947*.

Le competenze del Comitato Provinciale sono elencate dall'art. 28 della suddetta legge e richiedono ai Comitati di dare attuazione principalmente alle direttive, sia di natura assistenziale, di erogazione di servizi, che economica provenienti dagli organi di gestione centrali dell'Ente, vale a dire il Consiglio d'amministrazione ed il Comitato esecutivo.

Tali Comitati sono dunque la ramificazione dell'Ente, sono la parte esecutiva per la gestione locale della sanità e ciò è ancor più chiaro vedendo come continua lo stesso articolo 28 al punto 3, il Comitato provinciale *"suggerisce norme adatte a rendere i servizi dell'Ente aderenti alle contingenze locali"*.

Appare dunque chiara la loro funzione di collante tra la società e gli organi di gestione a livello nazionale. Ed è altrettanto chiara la rottura con il modello crispino che per oltre 60 anni, con le dovute correzioni, aveva costituito la prima forma di gestione amministrativa della sanità[30].

---

[28] F. TOTH, *La salute in Italia*, p.18, Bologna, Il Mulino, 2014.

[29] F. TARONI, *Politiche sanitarie in Italia. Il futuro del SSN in una prospettiva storica*, Roma, Il Pensiero Scientifico Editore, 2011.

Si passi ora all'analisi dei compiti attribuiti a tale Ente.

Le sue attività di assistenza sono regolate dagli articoli dal 5 all'8 della Legge e costituiscono la codificazione delle intenzioni e linee guide stabilite nella 'Carta del Lavoro'[31] del 21 Aprile 1927, in particolare delle indicazioni contenute nelle numero XXVII e XXVIII, dove viene enunciato, in particolare nel primo, l'intento del Regime di perfezionare l'assicurazione contro gli infortuni, riconoscere quella per le malattie professionali, per la disoccupazione oltre che cercare l'estensione di un'assicurazione obbligatoria, generale, passando *in primis* per l'obbligatorietà dell'assicurazione antitubercolare[32].

Il fine di garantire l'obbligatorietà di un'assicurazione sociale passa proprio attraverso l'esecuzione delle competenze attribuite all'Ente.

L'articolo 5 esordisce:

"L'Ente provvede all'assistenza per i casi di malattie, ad esclusione di quelle il cui rischio è coperto per legge da altre forme di assicurazione".

Continua l'articolo 6:

" L'assistenza dell'Ente comprende:

1° l'assistenza sanitaria generica domiciliare e ambulatoria;

2° l'assistenza specialistica ambulatoria;

3° l'assistenza farmaceutica;

4° l'assistenza ospedaliera;

5° l'assistenza ostetrica;

6° l'assistenza pediatrica;

7° le assistenze integrative;

8° la concessione di una indennità di malattia".

Appare immediatamente ovvia la differenza con le attività, le poche attività, che i Comuni tramite i medici condotti e gli ospedali dell'epoca provavano ad erogare.

L'INAM, così come tutte le varie Mutue sorte successivamente, costituivano gli enti erogatori delle prestazioni sanitarie sopraelencate.

---

[30] Durante il regime fascista i Comuni avevano già cominciato a subire un certo depotenziamento, come si vede dall'abbassamento dell'aliquota delle imposte a loro destinate per finanziare le attività sanitarie, inoltre anche la Direzione generale del Ministero dell'Interno era stata svuotata di poteri.

[31] La Carta del Lavoro è un documento emanato dal regime fascista con il quale viene sancito il corporativismo e lo statalismo come modello sociale, in sostituzione del socialismo, del capitalismo o del nazionalismo proibizionista, secondo cui il bene dello Stato e della sua potenza nazionale giustificano la compressione dei diritti degli individui, più nello specifico lavoratori e datori di lavoro.

[32] *Supra*.

Le modalità tramite le quali queste venivano erogate, e su che presupposti, erano diversi tra i vari enti, chiaramente le Mutue di maggiori dimensioni (come l'INAM) potevano vantare contributi maggiori da parte dei propri assicurati e conseguentemente una disponibilità patrimoniale maggiore, tanto da poter erogare anche direttamente alcune delle prestazioni di cui all'art.6, oltre che avvalersi di eventuali ambulatori posseduti.

Occorre fare un passo indietro e vedere i presupposti di tale intervento.

Ogni lavoratore risulterà iscritto ad una Mutua, la quale erogherà nella maniera ogni volta stabilita nel proprio statuto, le prestazioni sanitarie dovute.

Ciascun lavoratore assicurato dovrà quindi, come corrispettivo, versare una somma alla Mutua di appartenenza, e tale somma non è uguale per tutti.

La somma in questione costituiva una trattenuta dal salario, una percentuale che varia di volta in volta dello stesso. La disciplina ci è fornita dall'art.9 della Legge 138, in cui cita che *"Agli scopi di cui sopra sarà provveduto con il contributo dei lavoratori e dei datori di lavoro nella misura determinata dal contratto collettivo di lavoro"*.

Ciò dimostra come in base al contratto collettivo di ogni categoria i versamenti da eseguire fossero diversi.

Prosegue l'art.10 stabilendo che il datore di lavoro è responsabile del versamento della parte dovuta dal lavoro, e perciò, la tratterrà direttamente dallo stipendio[33].

Sulla base di ciò i lavoratori erano in diritto di ottenere i servizi di assistenza sanitaria dalle Mutue di appartenenza, ma non solo loro.

Di fatti l'art.7 stabilisce:

"Le assistenze di cui ai n. 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7 del precedente articolo competono di diritto anche ai familiari viventi a carico dell'iscritto, nei limiti e con le modalità che verranno determinati in conformità di quanto dispone il quarto comma dell'articolo precedente".

Ovviamente veniva esclusa l'indennità per l'assenza dal posto di lavoro, ma nonostante tutto con tale previsione la copertura assumeva un carattere davvero più ampio, in un Paese che, negli anni Cinquanta ed ancor di più Sessanta quando tale sistema era vigente, registrava un incremento della natalità molto forte, perciò il numero di cittadini indirettamente assicurati alle mutue era alto.

Questo era quindi l'impianto messo in piedi dalla Legge 138, un sistema sanitario sicuramente più strutturato, più organizzato rispetto a quello minimamente regolato dalla legge crispina, capace in potenza di mettere a disposizione di più persone molti più servizi sanitari che in precedenza.

[33] Precisamente Commi 1 e 3 dell'articolo.

Gli stessi poi, nella realtà, nonostante le diverse Mutue di appartenenza vedevano la tendenza delle persone di rivolgersi, per le cure primarie e generali, ai medici di famiglia, come anche suggerisce la stessa Legge 138, i quali erano convenzionati con più Mutue contemporaneamente[34].

Per quanto riguarda invece le cure specialistiche queste invece venivano erogate da specifici ambulatori convenzionati, come visto, alle volte convenzionati con le mutue altre invece direttamente gestiti dalle stesse.

In tale organizzazione gli ospedali invece rimanevano esclusi, operando distanti e indipendenti dai precedenti soggetti, e ciò fu un punto dolente del nuovo sistema sanitario andatosi a costituire.

Per dirlo meglio, tale situazione di mancato coordinamento fu solamente l'effetto naturale di un sistema che ancora non vedeva un'universalità dello stesso, vale a dire che era basato su una frammentazione non bilanciata da un coordinamento sufficiente tra tutti i vari soggetti che operavano in tale sistema.

Di fatti nonostante quanto detto in precedenza, bisogna anche specificare che sin dal momento di promulgazione della legge vari furono gli insuccessi che resero sempre più difficile il buon e corretto funzionamento del sistema.

Prima fra tutti l'immediata contraddizione derivante dal riconoscimento delle Mutue autonome di Trento e Bolzano, successivamente la caduta, nel dopoguerra, degli enti corporativi responsabili della gestione ed infine la mancata attuazione del regolamento citato più volte nella stessa Legge 138 che doveva regolare e definire alcune questioni pratiche quali, ad esempio, il termine per la fusione delle varie Casse di cui all'art.38 nell'Ente, così come i salari dei dipendenti ed altri elementi amministrativi.

La mancanza di tale regolamento fece sì che numerose Casse, operanti prima dell'entrata in vigore della legge, non si registrarono mai, come ad esempio le Mutue aziendali, le quali con una legge del 1967, una volta portata alla luce la situazione in cui operavano, furono autorizzate a continuare ad operare in tal modo, vale a dire fuori dal controllo dell'INAM.

Nonostante l'importante passo in avanti compiuto dalla Legge 138, che principalmente istituì un'assicurazione sociale obbligatoria per una buona parte degli italiani, bisogna compiere anche una breve analisi concreta degli effetti della stessa, che si era anticipato essere stati pressoché fallaci. In particolare i punti di maggiore debolezza dell'impianto creatosi riguardavano ancora una volta l'eccessiva frammentazione dell'organizzazione delle Mutue, delle quali alcune, nonostante l'ambizione di portarle sotto il controllo dell'Ente Mutualità Fascista, poi INAM, come visto dall'esempio delle Mutue aziendali, rimasero escluse da tale sistema, operando in modalità incontrollata e, quindi, disorganizzata rispetto alle altre.

[34] Una divertente panoramica della realtà dell'epoca, con un occhio leggero ma preciso, è possibile ritrovarla nella pellicola del 1968 di Luigi Zampa *'Il medico della mutua'* con Alberto Sordi.

Ciò diede luogo ad alcuni effetti che richiedevano urgentemente l'intervento legislativo per riformare un sistema malfunzionante.

Innanzitutto, in un sistema in cui la scarsa coordinazione aggravava l'eccessiva parcellizzazione, il primo problema che si creò fu quello di fornire servizi di assistenza adeguati agli assicurati.

I medici di famiglia, anche detti comunemente medici della Mutua, erano liberi, come visto, di stipulare convenzioni con diverse Mutue e va da sé che quelle con maggiori assicurati fossero bacini di utenza molto interessanti per numerosi medici.

Senza trattare quindi l'elemento del clientelismo che esisteva, è necessario portare all'attenzione la situazione in cui lavoravano i medici, in particolare quelli convenzionati con le Mutue di maggiori dimensioni.

Questi avevano la possibilità di ricevere decine e decine di pazienti al giorno, potenzialmente anche centinaia.

Il risultato era quindi che ogni paziente non ricevesse l'attenzione necessaria da parte dei medici, vedendo così leso il proprio diritto alla salute, diritto che nel mentre aveva trovato protezione e riconoscimento a livello costituzionale grazie all'articolo 32 della Costituzione entrata in vigore nel 1 gennaio 1948, la quale influenzerà, successivamente, in maniera maggiore l'evoluzione del sistema sanitario.

A ciò va anche aggiunto che la frammentarietà del sistema, sempre mal coordinato, permetteva il generarsi di sprechi economici inammissibili, data la già scarsa efficacia del sistema.

Di fatti, l'Italia era il paese, tra gli allora 6 Stati Membri della Comunità Economica Europea, che spendeva in media come gli altri, non ottenendo però risultati di pari livello.

Ciò dimostrava come quindi il problema fosse l'allocazione di tali risorse, difficile da gestire e coordinare in un sistema del genere.

Tali storture del sistema pesavano chiaramente su degli interessi preminenti.

Innanzitutto gravavano sulle finanze dello stato, poiché il ricorso eccessivo ai medici da parte degli assicurati richiedeva alle Mutue di rimborsare spese per una cifra maggiore a quanto potessero, e lo Stato chiaramente era chiamato infine ad intervenire per porre rimedio.

Secondo, tralasciando un momento l'importante elemento economico, dal punto di vista di diritto non andava a realizzarsi il dettato costituzionale che dal 1948 riconosceva, sul piano universale, il diritto ad essere curato gratuitamente.

A tali problemi e violazioni di diritto doveva trovarsi un rimedio, e ciò fu quanto si tentò di fare con due principali interventi legislativi.

Il primo è squisitamente amministrativo, ed è la Legge 13 marzo 1958 n.296, con cui venne istituito il Ministero della Salute, il quale andava, ai sensi dell'art.2, ad assumere le competenze precedentemente

dislocate presso altri enti, da alcuni locali al Ministero dell'Interno stesso, che da quel momento perdeva ogni competenza in materia di vigilanza sull'igiene pubblica e la salute.

Tale previsione non venne però bilanciata dal riconoscimenti di poteri al Ministero per svolgere un controllo in maniera centralizzata. Allo stesso vennero sì affidati dei poteri, ma principalmente di vigilanza, in caso d'ispezione, e poteva all'uopo raccomandare istruzioni ai soggetti controllati. Inoltre era richiesto il suo parere nel corso del processo decisionale di altre Istituzioni che controllavano soggetti non sottoposti al neonato Ministero, ma che avevano effetti atti a tangere materie dello stesso[35].
Così facendo si riuscì ad equilibrare il livello dei servizi che le diverse Mutue offrivano, ma non bastava, sempre perché il coordinamento tra le stesse rimaneva insufficiente.
Di fatti il problema dell'allocazione delle risorse persisteva.
Una successiva riforma era quindi necessaria ed arrivò nel 1968, anno di importanti riforme sul piano sociale, con la Legge 12 febbraio 1968 n.132, la così detta *Legge Mariotti*, dell'allora Ministro.

La legge 132 rappresenta il passaggio decisivo verso la costituzione dell'attuale Sistema Sanitario Nazionale, e rappresenta altresì il migliore, se non il primo, tentativo di tutela e soddisfazione del Diritto alla salute contenuto nella Costituzione, oltre che di coerenza con quanto sancito dall'art. 117 circa suddivisione di competenze tra Stato e Regioni, fermo restando che una suddivisione delle competenze più coerente con il suddetto articolo avverrà con il decreto legge 264 del 1974 convertito con modifiche nella Legge 386 del 1974.

È importante innanzitutto partire con quanto sancito dall'art.1, I comma, della Legge 132:

"L'assistenza ospedaliera pubblica e' svolta a favore di tutti i cittadini italiani e stranieri esclusivamente dagli enti ospedalieri".

Con tale previsione si porta a compimento quanto previsto dalla Costituzione all'art. 32, in particolare viene, almeno formalmente, riconosciuto il diritto alla salute come un diritto fondamentale dell'individuo, ed in particolare la sua caratteristica universalistica.
A tale previsione va aggiunto altresì quanto previsto dall'art.2, al III comma per esattezza:

"Gli enti ospedalieri, salvo i limiti derivanti dalla specializzazione dell'ospedale o dalle particolari esigenza tecniche legate alla forma morbosa che si presenta, hanno l'obbligo di ricoverare senza particolare convenzione o richiesta di alcuna documentazione, i cittadini italiani e stranieri che necessitano di urgenti cure ospedaliere per qualsiasi malattia, o per infortunio, opere di maternita', siano o meno assistiti da enti mutualistici ed assicurativi o da altri enti pubblici e privati".

[35] Si tratta di quanto prevede l'art.5, in particolare il coordinamento con le altre istituzioni concerne il Ministero del Lavoro e della previdenza sociale, di cui al III comma.

Queste due previsione lette insieme permettono di comprendere appieno verso quale direzione, anche politica[36], ci si era incamminati in merito alle riforme del sistema sanitario.

Il contenuto principale della Legge concerne la disciplina degli enti ospedalieri, andando a dare una risposta, in parte risolutiva, alle questioni che furono riscontrate e sollevate dalla Commissione parlamentare, presieduta da Achille Dogliotti, chirurgo, che nel 1964 venne istituita per svolgere un'analisi degli aspetti più gravosi ed inefficienti del settore così da poter intraprendere la via riformistica del sistema ospedaliero.

Furono molti gli aspetti che la Commissione ritenne necessari di una riforma, e tra questi alcuni furono poi oggetto della Legge 132, mentre altri invece non furono inclusi negli effetti riformanti della stessa.

In particolare, la Commissione aveva sia previsto che fosse istituito un fondo costituito con soldi pubblici ottenuti dal gettito fiscale, sia che venisse realizzato il dettato costituzionale circa la divisione di competenze tra Stato e Regioni, che tra l'altro non erano ancora state istituite.

Come riportato dall'Aiop[37], la Commissione aveva previsto 'il decentramento delle competenze e responsabilità alle Regioni, lasciando allo Stato le funzioni di coordinamento e di controllo[38]'.

La Legge invece si concentrò principalmente, come è intuibile anche dal titolo della stessa 'Enti ospedalieri ed Assistenza ospedaliera', proprio su tali enti, operando una classificazione fino ad allora mai compiuta, disciplinandoli capillarmente, attribuendo altresì dei poteri al presidente di Regione circa la possibilità di riconoscere e costituire gli enti ospedalieri, le quali definizione e competenze sono date dagli artt.2 e 3, per cui 'si supera quindi la concezione di assistenza come "opera pia"[39].

Tralasciando la disciplina degli enti ospedalieri, ciò che occorre sottolineare è che nella legge manca una disciplina della sanità in generale che potesse completare quanto previsto dalla Legge Mariotti, i quali effetti sono formalmente particolarmente innovativi, il riconoscimento della sanità pubblica per tutte le persone, nel rispetto dell'art.32 della Costituzione; prime previsioni che attribuiscono poteri alle Regioni, sempre portando a concretizzazione quanto previsto dalla Costituzione all'art.117; ed infine il minor potere delle Mutue.

Di fatti il riconoscimento di cure a tutti, senza che il sistema sanitario negli aspetti generali venisse riformato, per esempio circa reperimento e ripartizione delle risorse, o definitiva soppressione delle Mutue in luce della costituzione della disciplina degli enti ospedalieri e dell'assistenza sanitaria., determinò un aumento delle visite mediche, in un già sovraffollato sistema, per cui le ancora esistenti Mutue si trovarono in maggior difficoltà finanziaria rispetto a prima.

---

[36]Era già dal 1960 che si paventava una possibile riforma del sistema sanitario dell'epoca, la cui inefficienza e gravosità per lo Stato erano limpide agli occhi di tutti. La riforma del '60, che già prevedeva un Sistema Sanitario Nazionale, non fu neanche discussa poiché prevedeva, come poi sarà, una commistione tra politica e sanità.

[37]Aiop è l'acronimo di Associazione italiana ospedalità privata.

[38]F.LEONARDI M.MARCANTONI, *Nella storia della Sanità italiana ,Cinquant'anni di Aiop*, Trento, I.A.S.A. Edizioni, 2016.

[39]P. NUCCI, *La migliore sanità del mondo*, Milano, Università degli studi di Milano, 2019.

L’intervento successivo, atto anche a completare il contenuto della Legge 132 non tardò a giungere. Questo fu costituito dal Decreto-Legge 264 del 1974 che fu convertito in legge con modifiche con la Legge 386 del 17 agosto 1974.

Lo stesso decreto recava il titolo: “Norme per l’estinzione dei debiti degli enti mutualistici nei confronti degli enti ospedalieri, il finanziamento della spesa ospedaliera e l’avvio della riforma sanitaria”.

Appare dunque evidente come i contenuti non disciplinati dalla legge 132 trovino spazio nel D.L. 264 del 1974.

Lo stesso prescrive in maniera dettagliata una disciplina per compiere finalmente il passaggio, ponendone le basi, verso un nuovo sistema sanitario.

Andando per gradi, e coerentemente con quanto detto in precedenza, gli aspetti che il decreto legge tratta concernono rispettivamente, il saldo dei debiti che le Mutue nel tempo avevano accumulato nei confronti degli enti ospedalieri che nel tempo avevano sempre di più ricoperto un ruolo rilevante per la sanità; un depotenziamento dei poteri delle Mutue, proprio in vista di una loro prossima estinzione; la costituzione di un ‘Fondo nazionale per l’assistenza ospedaliera’; il riconoscimento di poteri amministrativi e di gestione alle Regioni in materia sanitaria.

Il decreto esordisce proprio con le previsioni riguardo l’estinzione dei debiti delle Mutue nei confronti degli enti ospedalieri. A tal riguardo sancisce, agli artt. 1, 2 e 3, che il Ministero del Tesoro era autorizzato a compiere operazioni di mercato finanziario fino ad un ricavo netto di 2.700 miliardi di lire da utilizzare secondo le finalità di cui all’art. 2, ossia l’estinzione dei debiti di tutti gli enti mutualistici ivi elencati.

Tra i maggiori enti di interesse nazionale si annoveravano l’INAM, l’ENPAS (Ente nazionale previdenza e assistenza ai dipendenti statali), l’INADEL (Istituto nazionale assistenza dipendenti enti locali), l’ENPALS(Ente nazionale previdenza ed assistenza per i lavoratori dello spettacolo).

Concludeva l’art.3 prevedendo che, per il risanamento dei debiti, il versamento delle cifre raccolte dal Ministero del Tesoro fosse controllato da un Comitato di sorveglianza costituito dal Ministro della sanita, del tesoro e del lavoro e previdenza sociale, oltre a da tre rappresentati delle Regioni.

L’attenzione va posta anche su un’altra previsione contenuta all’art.2,II comma.

La stessa prevedeva il versamento delle somme di cui all’art.1 presso conti correnti infruttiferi appositamente costituiti, sempre posti sotto la sorveglianza del comitato, così tenendo sempre a livello centrale, ministeriale, il controllo delle somme destinate all’estinzione debitoria.

Si registra quindi una intenzione precisa da parte dello Stato, quella di decretare la fine delle Mutue, passando anche tramite l’estinzione dei loro debiti.

Procedendo per analogia, dunque, è possibile analizzare anche le altre forme tramite le quali lo Stato compie passi decisi verso un nuovo sistema sanitario nel quale le Mutue non erano previste di continuare ad esistere.

Lo si capisce, di fatti, leggendo gli articoli 19 e 20, i quali riconoscono alle Regioni dei poteri fondamentali.

Il primo prevede che le Regioni potessero avvalersi del personale degli enti mutualistici al fine di espletare i compiti alle stesse assegnati.
Ma ciò che meglio chiarisce lo scopo di tale analisi è un inciso contenuto nel II comma:

"Detto personale, in attesa del definitivo trasferimento, che sara' regolato con la legge per la riforma sanitaria […]".

Qui è possibile riscontrare e svelare le intenzioni che ormai da tempo si celavano nell'ambiente politico, che trovano vita anche a livello legislativo.
L'art.20 contiene una previsione ancor più decisa in questo senso.
Si prevede, al I comma, per la prima volta, un coordinamento dell'attività degli enti mutualistici con la programmazione regionale, la quale si realizza grazie all'azione di un comitato regionale appositamente costituito, il quale oltre ad essere composto da membri scelti per rappresentare la gestione, cinque, conta anche la presenza di rappresentati degli enti mutualistici, i quali però saranno scelti sempre da membri della Regione, in particolare il direttore dell'ufficio regionale del lavoro.
In tal modo è possibile vedere come gli enti mutualistici siano privati di gran parte dei loro poteri, vedendo mantenuti solamente quelli atti a svolgere le loro funzioni assistenziali, comunque sempre, questa volta, coordinati con i nuovi operatori di tale settore, vale a dire gli enti ospedalieri nella pratica e le Regioni dal punto di vista amministrativo-gestionale.
Proprio le Regioni, appena costituite[40], ottennero poteri maggiori in materia sanitaria, così dando attuazione, dopo più di vent'anni al dettato costituzionale.
Come appena detto, gli articoli 19 e 20 attribuiscono un ruolo preminente alle Regioni per quanto concerne il rapporto con gli enti mutualistici, al fine di poter svolgere e portare a compimento i compiti derivanti dai nuovi poteri attribuiti dal decreto.
A tal riguardo gli articoli tramite i quali avvenne tale passaggio sono l'art.11 ma soprattutto il 12.

Quest'ultimo cita:

"I compiti in materia di assistenza ospedaliera degli enti anche previdenziali che gestiscono forme di assistenza contro le malattie, nonche' delle casse mutue anche aziendali, comunque denominati e strutturati, sono trasferiti alle regioni a statuto ordinario e speciale nonche' alle province autonome di Trento e Bolzano".

L'articolo prosegue poi stabilendo che l'erogazione dovesse avvenire in maniera diretta verso tutti gli aventi diritto, a cui vanno aggiunti coloro non appartenenti a nessun ente che hanno diritto ugualmente ad essere iscritti in appositi registri similarmente a quanto avvenisse con gli 'indigenti' in poca crispina.

[40] La Legge 16 maggio 1970 n.281 recava la disciplina circa "Provvedimenti finanziari per l'attuazione delle Regioni a statuto ordinario". Veniva, dopo un lungo iter, riconosciuta l'autonomia, ancora molto ristretta, delle stesse. La prima elezioni dei Consigli Regionali avvenne lo stesso anno, mentre la promulgazione degli statuti un anno esatto dopo la pubblicazione della legge 281, il 22 maggio 1971.

Così si dà un'attuazione più uniforme al principio costituzionale di cui all'art.32, migliorando anche la formula palesatasi infelice dell'art.1 della Legge 132 del 1968.

Il passaggio di poteri, premonitore, coerentemente al fine della legge, di una riforma del sistema sanitario che vedesse al centro le Regioni trova quindi la sua realizzazione, completato altresì da altre importanti disposizioni.
Queste vanno a formare una minuziosa disciplina, che si rivela essere un ulteriore importante tassello verso la riforma del sistema sanitario.
Il loro contenuto è squisitamente fiscale e ciò costituisce la base economica necessaria per poter dare attuazione ad una disciplina dal forte contenuto riformistico[41].

Il sistema fiscale atto a supportare quanto previsto dalla Legge prevedeva, all'art. 4l l'istituzione di un'aliquota aggiuntiva ai contributi dovuti per l'assicurazione contro le malattie.
A ciò era altresì previsto un contributo per ogni giornata di lavoro, in somme diverse in base si trattasse di lavoratore o datore di lavoro ovvero di lavoratore autonomo.
Non è inoltre casuale la scelta del legislatore di prevedere il gravare di tali oneri in capo a coloro che o fossero già iscritti alle Mutue, dunque tenuti ad un versamento, o ai lavoratori in generale. Così si rimase, nonostante l'intenzione riformatrice, ancora all'interno di un sistema basato sull'assicurazione obbligatoria e non su un sistema sanitario nazionale finanziato dai contributi della popolazione tutta.
L'art.5 prosegue, poi, prevedendo e definendo il vincolo di destinazione di tali somme ricavate, da un parte l'estinzione dei debiti di cui sopra, dall'altra erano supposte di essere utilizzate, per la parte rimanente, alla costituzione di un 'Fondo nazionale per l'assistenza ospedaliera'.
Tale fondo è disciplinato, e costituito, dall'art.14 il quale recita:

"A decorrere dal 1 gennaio 1975 nello stato di previsione della spesa del Ministero della sanita' e' istituito un capitolo denominato "Fondo nazionale per l'assistenza ospedaliera" destinato al finanziamento della spesa per l'assistenza ospedaliera stessa, per l'impianto, la trasformazione e l'ammodernamento degli ospedali, escluse le opere edilizie, per il rinnovo e l'adeguamento delle loro attrezzature sanitarie."

Questo risulta essere il primo tentativo, sin qui, di costituire a livello nazionale, un Fondo per finanziarie le spese sanitarie e non solo.
L'articolo poi prosegue definendo il contenuto patrimoniale del fondo, il quale elemento più importante è la sua previsione nella contabilità del Ministero del Tesoro.
Ciò non di meno, un'ultima previsione è rilevante per completare tale analisi, oltre che per completare lo studio del trasferimento di poteri presso le Regioni.

[41] Dal 1889,data in cui una prima disciplina contenente politiche sanitarie unitarie venne emanata, all'emanazione della decreto 264, il problema principale in ambito sanitario è sempre stato di stampo economico, sia perché lo Stato non intendeva inizialmente assumersi oneri a riguardo sia per mancanza di coordinazione e controllo quando delle riforme che chiamavano minimamente in causa lo Stato vennero emanate.

L’art.16 del D.L. 264 impone che *“Con deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro per la sanita' di concerto con il Ministro per il tesoro e del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentito il C.I.P.E. e la commissione interregionale di cui all'art. 13 della legge 16 febbraio 1970, n. 281, sono determinati i parametri relativi al riparto alle regioni del fondo per l'assistenza ospedaliera”.*

Tralasciando ora i criteri secondo i quali ciò dovesse avvenire, quanto risulta importante sottolineare è che le Regioni quindi disponessero di un’autonomia anche finanziaria per poter svolgere i loro compiti, di fatti l’art.17 riconosceva alle stesse la possibilità di gestire autonomamente, con legge autonoma, la suddivisione interna di quanto ottenuto, che doveva altresì essere incluso nella contabilità regionale.

Ricapitolando, il D.L. apporta importanti modifiche, oltre che contenere importanti elementi, dai quali si potesse rinvenire l’inversione di tendenza dello Stato circa il modello sanitario fino ad allora esistente.

Tra le modifiche che contengono decisivi elementi di novità, la costituzione di un fondo nazionale per sostenere la spesa pubblica, e la previsione di una sua divisione verso le regioni per renderle atte a svolgere i nuovi compiti riconosciuti.

Perciò le Regioni costituiscono i nuovi centri delocalizzati dei poteri amministrativi, di gestione e di spesa, per la prima volta, in ambito sanitario.

Questo esperimento di nuovo sistema sanitario costituirà una scelta importante verso la costituzione del Sistema Sanitario Nazionale (SSN) con la Legge 833 del 1978.

2. Il Diritto alla Salute

Quando si parla di Diritto alla Salute bisogna, per comprenderne a pieno il significato ed il contenuto nell'ordinamento italiano, partire dallo studio della Costituzione repubblicana e di quelle disposizioni ivi incluse che nel tempo sono state oggetto di attenzione e studio da parte della giurisprudenza e della dottrina, le quali hanno innovato il senso delle stesse andando a formare la base teorica e giuridica su cui poggia quello che può essere oggi certamente sintetizzato nella definizione Diritto alla Salute.

Il primo passo bisogna muoverlo, quindi, nell'analisi della Costituzione, vedendo come dei diritti, allo scopo di questa analisi rilevanti, ivi riconosciuti o concessi, abbiano subito nel tempo diversi concepimenti teorici che sono sempre andati di più verso una maggiore protezione e portata degli stessi.
Successivamente occorre entrare più nello specifico del Diritto alla Salute incluso nella Costituzione per poterne estrapolare il contenuto giuridico, attraverso una chiarificazione della sua natura, arrivando a vedere come questo produce effetti nella realtà pratica, oltre che nella vita delle persone.

2.1 L'avvento dei diritti sociali

Nella Costituzione repubblicana il Diritto alla Salute è contenuto nell'art.32 che recita:

"La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana."

L'articolo, di due commi, fu, per il 1948 anno in cui la Costituzione entrò in vigore, di portata decisamente innovativa.
Di fatti un contenuto simile non era presente nel precedente testo costituzionale, vale a dire lo Statuto Albertino di esattamente un secolo precedente.
Proprio l'innovazione, troppo all'avanguardia per il suo tempo, determinò altresì un approccio interpretativo riduttivo in dottrina, confermata dalla giurisprudenza, del contenuto dell'art.32 Cost., che negò sia il pieno riconoscimento dello stesso, e non permise altresì la sua totale applicazione[42].
In merito, per poter comprendere a pieno l'evoluzione che ha interessato specificatamente il diritto alla salute, occorre partire da un'analisi della Costituzione, e dell'evoluzione dei diritti, più ampia.

[42]L'ostracismo che incontro l'articolo 32 da parte di un'ampia sfera della dottrina era dovuto all'ancoraggio di questa ad una concezione di sanità basata su principi e visioni dell'individuo e delle libertà ancora in senso prettamente pubblicistico, vale a dire l'individuo sacrificato rispetto all'interesse pubblico. Ciò, in pieno contrasto con il contenuto della Costituzione, venne per tempo contrapposto alle interpretazioni innovative invece che alcuni invece fornivano. Inoltre l'applicazione integrale dell'art.32,e ciò era chiaro ai più, avrebbe inevitabilmente posto lo Stato in una situazione d'obbligo verso gl'individui, in particolare di far fronte alle spese economiche in ambito sanitario in loro favore, richiedendo l'assunzione da parte dello stesso di responsabilità che ha sempre, come visto, nel corso della storia rimandato il più possibile.

Occorre portare alla luce i profili innovativi rilevanti introdotti dalla Costituzione, e vedere come nella dottrina e nelle teorie dei giuristi questi si siano evoluti, capendo così come il diritto alla salute abbia seguito una strada non dissimile.

La Costituzione repubblicana costituisce in Italia, come in altri paesi, un cambiamento importante di piena rottura con il terribile evento della Seconda Guerra Mondiale e delle esperienze dittatoriali che hanno registrato violazioni di diritti fondamentali che oggi vengono riconosciuti e tutelati nella maggior parte degli ordinamenti giuridici.

L'esperienza costituzionalistica, tuttavia, non costituisce un punto di rottura solo politico con le esperienze degli anni precedenti, ma costituisce anche un superamento dello Stato liberale.

Un primo esempio di tale modificazione si ebbe con la famosa Costituzione della Repubblica di Weimar del 1919.

Nonostante l'esperienza weimariana non sia durata molti anni[43], essa ha suscitato sempre parecchio interesse dal punto di vista giuridico, dato il contenuto particolarmente innovativo in ottica di diritti che la sua Costituzione aveva introdotto.

In particolare, l'evento innovativo che interessa tale ricerca è quello di introduzione, ad un livello costituzionale, dei così detti 'diritti sociali'.

I diritti sociali, invero, avevano già ottenuto in vari paesi una minima tutela, solo però tramite l'intervento del legislatore, quindi solamente al livello di legge ordinaria[44].

Con la Costituzione di Weimar questi trovano un riconoscimento anche ad un rango più alto, ma la dottrina che se ne interessa più approfonditamente non ne riconosce però immediatamente la portata, anzi quest'ultima è costretta ad attraversare un lento sviluppo dottrinale per poter trovare un terreno atto a spiegare tutti i suoi effetti.

2.1.1 Il percorso dei Diritti Sociali e di Libertà

Dal punto di vista dottrinale il limite al riconoscimento pieno di tali diritti fu la loro contrapposizione, ritenuta insanabile ed inammissibile, con i così detti 'diritti di libertà', diritti che già avevano fatto la loro comparsa nelle Costituzioni degli Stati liberali e che, come la definizione suggerisce, erano basati sull'irriducibile *principio di libertà* assicurato agli individui tramite il quale potevano realizzare in concreto la loro volontà ed identità.

[43] Anch'essa costituisce un momento di rottura importante, in particolare, come la nostra Costituzione è immediatamente successiva al fascismo e alla Seconda Guerra Mondiale, la Costituzione weimariana invece è immediatamente successiva al cruciale evento della Prima Guerra Mondiale, dove l'impero tedesco si dissolse e ad esso prese posto la repubblica di Weimar.

[44] Come Baldassarre riporta magistralmente *"in breve […] il riconoscimento dei "diritti sociali", hanno rappresentato le risposte in termini di modernizzazione che […] tutti i vecchi Stati liberali hanno fornito di fronte a due fondamentali fenomeni dell'epoca contemporanea: l'industrialismo da un lato e la democratizzazione dei processi decisionali dall'altro."*

Inoltre, quest'ultimi, erano ormai sorretti da consolidate interpretazioni dottrinali che non erano facili ad essere messe in discussione per poter trovare una soddisfacente interpretazione e collocazione giuridica dei nuovi 'diritti sociali'.

Questa contrapposizione portò la dottrina a determinare un'automatica svalutazione dei 'diritti sociali' in favore di quelli di libertà ed in particolare ci fu una separazione di visioni al suo interno al riguardo, per cui: "*a)* una prima teoria individuava nelle norme relative ai "diritti sociali" proposizioni prive di uno specifico contenuto costituzionale, nel senso che, lungi dal fondare veri e propri diritti fondamentali, erano ritenute contenere *premesse o indicazioni* o *direttive* (c.d. *Programmsatze*), che solo il legislatore avrebbe potuto tradurre in precetti normativi e quindi in diritti veri e propri […]; *b)*un'altra concezione configurava i "diritti sociali" come *norme di principio vincolanti il legislatore ordinario (StaatszielbestigmmungenoderGesetzgebungsauftrage),* nel senso che quest'ultimo si considerava tenuto a dar loro attuazione, trattandosi di norme di principio qualificanti la forma di Stato e, pertanto, giuridicamente rilevanti nell'interpretazione dei valori costituzionali da tradurre in leggi ordinarie"[45].

Entrambe le visioni, le più importanti ed apprezzate del tempo, risultavano non essere pronte per riconoscere e attribuire una portata costituzionalistica a tali diritti.

Come continua ad osservare il Baldassarre, la comunanza di tali due posizioni è tale per cui "ambedue negano, in via di principio, che tali "diritti" possano avere una immediata tutela ed azionabilità.

In secondo luogo perché l'una e l'altra esigono il necessario intervento del legislatore […]. Infine, perché, non esistendo alcuno strumento giuridico in grado di costringere il legislatore ad adottare determinati provvedimenti, ambedue le teorie finiscono, in sostanza, per riconoscere alle dichiarazioni sui "diritti sociali" un valore essenzialmente politico-costituzionale (inteso come contrapposto a giuridico-costituzionale)".

Volendo spiegare meglio la tensione sottesa alle due teorie.

Il *principio di libertà* che si era consolidato come fondamentale pilastro della vita degli individui negli Stati liberali era il faro per orientarsi nella comprensione dei 'diritti di libertà' i quali, con la loro pretesa azionabile da parte del titolare, permettevano a quest'ultimo di giovarsi della garanzia di mantenere fuori dalla propria situazione giuridica di competenza gli effetti delle azioni riconducibili a terzi.

I 'diritti sociali', come fossero di una generazione successiva, in quanto fanno la loro apparizione prima sotto forma di leggi ordinarie, mentre i primi sono già contenuti nelle Costituzioni, concretizzano un ulteriore principio, quello di *eguaglianza* che però veniva sempre posto, come detto, in un'irrisolvibile contrapposizione con il primo, poiché, come suggerì Leibholz, i 'diritti sociali' sono basati sull'idea democratica di *eguaglianza*, la quale inevitabilmente richiede una limitazione della libertà, giuridica e non,

[45] A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica Vol. XII*, 1989.

sia dello Stato che di coloro che sono portatori di suddetti 'diritti di libertà', e ciò è in evidente disaccordo con quanto detto precedentemente.

La questione appare, altresì, infusa di connotati filosofici-politici, poiché con tale contrapposizione si voleva rimarcare una differenza sostanziale tra il *principio di libertà* e quello di *eguaglianza*, come a voler contrapporre due mondi diversi, vale a dire quello tipico e caratterizzante lo 'Stato di diritto' e quello 'sociale', ove sottese ci sono visioni sugli individui, sulla vita e sul ruolo dello Stato decisamente diverse.

Nei campi, invece, più inerenti allo scopo della ricerca qui in svolgimento, occorre riportare come molti, invece, vedessero nell'avvento dei 'diritti sociali' l'ovvio risultato della maggiorata apertura democratica degli Stati dell'epoca.

Ciò fu proprio l'inevitabile forza riformatrice che la dottrina, nonostante i vari tentativi a livello teorico, tentò di ostacolare affinché i 'diritti sociali' trovassero pieno riconoscimento.

E questi alla fine il loro riconoscimento lo ottennero, ciò determinò la transizione a quello che molti della scuola di diritto tedesca definivano '*lo Stato di diritto materiale*'[46], che richiedeva naturalmente di modificare quei tipici aspetti, oramai consolidati, dello 'Stato di diritto liberale' proprio in luce dei nuovi 'diritti sociali'.

In particolare, la novità dottrinaria fondamentale, che ebbe, altresì, successo in numerosi Stati europei dell'epoca, che avevano promulgato le proprie Costituzioni fu quella che poneva la base per il riconoscimento di tali diritti e, dunque, sosteneva il passaggio di cui sopra.

Tra le peculiarità dello 'Stato di diritto' si annovera il così detto *principio di legalità*, o *riserva di legge*.

Questa era la garanzia per cui le libertà riconosciute e sancite nei diritti fossero rispettate, tramite legge ordinaria, in sostanza, si reprimeva una possibile violazione della libertà che ciascuno in forza di tali diritti voleva mantenere inviolata.

Tale principio, di legalità appunto, ora si arricchiva di nuova linfa.

Si andava a profilare quella che il Baldassarri definisce "una 'legalità per valori' o 'costituzionale' che consiste in un ordinamento superiore in cui i principi fondamentali costituiscono, allo stesso tempo, i parametri di valori positivi della legittimazione e la misura della legalità" [BALDASSARRE].

Più brevemente, gli Stati andavano a scolpire nelle Costituzioni quei principi fondamentali che si ritenevano comuni alla pluralità democratica, da cui discendevano i 'diritti sociali', e che fungevano da limite per l'azione politica, e per il compromesso, di tali compagini interne al nuovo assetto pluralistico.

Senza entrare ancor di più nel merito, squisitamente costituzionalistico, di tale analisi, per cui rimando al Baldassarre, ciò che interessa è riportare tutto questa premessa nelle fila dell'ordinamento italiano e della Costituzione del '48.

[46] Tra i più che vale la pena ricordare: *UlrichScheuner, Ernst-Wolfgang Böckenförde.*

2.1.2 I 'diritti sociali' come 'diritti finanziariamente condizionati'

Il percorso che hanno svolto i 'diritti sociali' per ottenere un pieno riconoscimento, al pari dei 'diritti di libertà', non è rimasto poi immutato nel tempo, nel senso che l'analisi della loro natura, o del loro contenuto, hanno subito poi nel tempo correzioni, approfondimenti, anche al passo con i nuovi approdi teorici.

In particolare, merita di essere inserita nello spoglio cronologico delle teorie che si sono susseguite circa l'analisi dei 'diritti sociali', quella fornita da Merusi al quale si deve la fortunata definizione che compare nel titolo, e che individua alcuni 'diritti sociali' come 'diritti finanziariamente condizionati'[47].

La fortuna, oltre che l'importanza della definizione di Merusi, nell'ottica di questa ricerca, dipende anche dal momento storico in cui essa prende corpo.

Di fatti l'analisi di Merusi si pone a cavallo tra la fine degli anni 80 l'inizio degli anni 90, in cui molti eventi politici, economici e legislativi, in Italia come in Europa, si susseguono e sono tutti accomunati dal porre le basi per una futura riduzione dello spazio d'azione e d'operatività dei 'diritti sociali' e di quello che veniva chiamato *welfare state*.

Ciò, in particolare, avveniva proprio a favore di politiche rigorose di rispetto di obblighi finanziari, da cui la definizione precedente.

A ben pensare, questo problema sintetizzato magistralmente dal Merusi, affonda radici, in buona parte, nei problemi che sono stati appena riportati circa la differenza dicotomica tra 'diritti di libertà' e 'diritti sociali', più nello specifico, nella visione che vedeva i secondi come norme programmatiche, o comunque non direttamente azionabili da parte del titolare.

E, specificando meglio, va inserita tra quei filoni dottrinali che fornivano definizioni circa i 'diritti sociali incondizionati' e quelli, invece, 'condizionati'.

Di fatti, poiché non si prescinde dal ruolo indispensabile del legislatore, sembra che questa condizione, del legislatore indispensabile azionatore dei diritti, ponga, quando più o quando meno, a rischio la completa operatività dei 'diritti sociali'.

Questo rende dunque necessario distinguere tra le due categorie appena individuate di 'diritti sociali', per cui si hanno quelli che vengono definiti 'incondizionati' e 'condizionati'.

I primi sono quei diritti che si basano 'a prestazioni determinate nel genere e, possono essere fatti valere direttamente dagli aventi diritto nei confronti della controparte (privata o pubblica)'[48].

I secondi invece 'presuppongono, per il loro effettivo godimento, la sussistenza di strutture organizzatori e indispensabili all'erogazione delle prestazioni garantite o al compimento delle condotte di cui consta il contenuto del diritto considerato'[49].

---

[47]F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, p.30, Bologna, Il Mulino, 1990.
[48] A. BALDASSARRE, *op. ult. cit.*, p.30.
[49]A. BALDASSARRE, *op. ult. cit.*, p.31.

Tralasciando il fatto che anche gli stessi 'diritti di libertà', alle volte, richiedano un'applicazione, perlomeno nella loro fase iniziale, da parte dello Stato[50], a questo aspetto dei 'diritti sociali condizionati' è sempre stato dato molto peso, in particolare dalla dottrina, per cui è facilmente intuibile ricostruire il percorso che ha portato alla definizione del Merusi, oltre che intuire il perché dei rischi verso cui si può incorrere riconoscendo un'autonomia ampia o meno al legislatore.

Ora, stabilito perché la definizione del Merusi vada inserita all'interno delle teorie circa la differenza tra le due categorie di diritti, appare opportuno riportare quanto Merusi aveva definito.

Egli infatti riconosceva che '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'[51].

Nonostante non fosse lo scopo della sua ricerca, quanto il Merusi individua si staglia perfettamente tra le correnti che dibattevano sulle differenze, in merito alla loro natura e contenuto, sia tra alcuni 'diritti sociali' ed i 'diritti di libertà', che tra le due ulteriori categorie di 'diritti sociali' dove, per quelli 'condizionati', il legislatore è supposto di intervenire, in particolare, sul *come* e *quando* del diritto affinché trovi applicazione.

Nel momento in cui quest'ultimo deve intervenire per definire il presupposto materiale necessario affinché il diritto sia azionabile, non si rimane più, stando al Merusi, nella semplice categoria dei 'diritti sociali condizionati'.

La definizione di Merusi è più analitica rispetto alla semplice classificazione dei diritti sociali come 'condizionati'.

Di fatti sulla base di quest'ultima si riconosce, solamente, che i 'diritti sociali condizionati', in quanto il legislatore deve intervenire per creare il presupposto per la loro realizzazione, debbano essere ponderati con altri interessi costituzionali da tutelare ed attuare.

Invece stando alla definizione data dal Merusi, egli restringe il campo visivo dello studio, mettendo a fuoco in particolare sui 'diritti sociali di prestazione' per ottenere un pubblico servizio, i quali devono, oltre a quanto detto circa i 'diritti sociali condizionati', essere ponderati anche con esigenze di bilancio, imprescindibili, quado si tratta di prestazioni dal risvolto, indirettamente o meno, economico, dato che essi sono, ed è insindacabile, dei diritti 'costosi'. Questo fa dei 'diritti sociali' che prevedono una prestazione da una controparte, in particolare pubblica, dei 'diritti finanziariamente condizionati'.

E questa puntualizzazione è tutt'altro che di poco conto o rilevanza.

---

[50] A tal proposito, nell'opera citata di Baldassarre, p.30 ss., si può provare quanto annotato in precedenza per cui egli sia uno di quei autori che invece ritiene 'una scorrettezza logica' quella di ingarbugliare i 'diritti sociali' al pari di norme programmatiche, in particolare tutti quelli che hanno dei tratti similari ai 'diritti di libertà' circa la costruzione della pretesa giuridica del titolare.

[51] F. MERUSI, *op. ult. cit.*, p.30.

Di fatti, e la realtà lo dimostrerà, se il vincolo di risorse, o finanziario, viene letto in congiunzione con quanto detto in via generale per i 'diritti sociali condizionati' il ruolo del legislatore assume un'importanza ben maggiore, tanto che c'è stato qualcuno che saggiamente paventava il rischio di far ridurre, in tal modo i 'diritti sociali condizionati', nonostante il loro riconoscimento costituzionale, a meri 'diritti legislativi'[52].

Chiarendo meglio quest'ultimo punto, il legislatore sarà chiamato a creare un presupposto materiale che permetta la soddisfazione dei diritti.

Andando più nello specifico, sulla base di quanto detto da Merusi, il legislatore dovrà creare un sistema per l'erogazione di un 'diritto di prestazione', che è fatto rientrare poi nella più grande categoria dei 'diritti sociali condizionati'.

Dunque, il legislatore non dovrà solo, per dare attuazione ad un 'diritto sociale condizionato', ponderare lo stesso con altri diritti o interessi costituzionali, bensì farlo anche con le esigenze di bilancio e la finitezza delle risorse per l'erogazione delle prestazioni, in quanto tale diritto andrebbe, meglio, catalogato in quelli che Merusi definisce 'diritti finanziariamente condizionati'.

L'effetto, che si è detto essere tutt'altro che rilevante, potrebbe essere quello che 'enfatizzando la formula del diritto finanziariamente condizionato si rischia di dire che spetterebbe, in ultima analisi, al bilanciamento finanziario definire il contenuto delle prestazioni, quindi del diritto, mentre è vero esattamente il contrario: le prestazioni essenziali sono dovute in quanto tale e insiste sul legislatore il preciso dovere di garantire le risorse finanziariamente necessarie'[53].

Ma per smorzare tale rischio, atto a comprimere l'operatività di un diritto costituzionalmente riconosciuto e tutelato, bisogna prendere in considerazione la giurisprudenza in materia, che non di rado ha svolto un ruolo, come è giusto che sia, di ultimo baluardo di difesa dei diritti. Partendo, più indietro nel tempo, dalla 'giurisprudenza della Corte Costituzionale federale della Germania occidentale si afferma che, per questi 'diritti sociali', occorre distinguere tra il loro riconoscimento che è indubbiamente operato dalla Costituzione, e la loro garanzia concreta, che è posta "sotto la riserva del possibile", o del "ragionevole"[54].

Proprio da questi due ultimi elementi si svilupperà un filone giurisprudenziale che sarà comune a molti Paesi europei, tra cui l'Italia, e che cercheranno di contrapporre al condizionamento finanziario proprio un contenuto incomprimibile dei 'diritti sociali', anche 'di prestazione'.

[52] Il rinvio è di nuovo al testo già citato di A. BALDASSARRE, *Diritti sociali,* ove mette in guardia del rischio di un'interpretazione siffatta dei diritti sociali, anche se non menzionava l'idea di 'diritti finanziariamente condizionati', bensì verteva la sua analisi sul ruolo del legislatore in merito all'applicazione da dare agli stessi diritti.

[53] B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale,* in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, p.217, Padova, CEDAM, 2017.

[54] A. BALDASSARRE, *op. ult. Cit.,* p.31.

2.2 La Costituzione italiana

La Costituzione repubblicana, come anticipato, segna il passaggio, in Italia, dallo Stato liberale al così detto 'Stato (di diritto) sociale', e ciò avviene tramite il riconoscimento di un principio fondamentale che è alla base dei 'diritti sociali' che è il *principio di eguaglianza*.

In particolare, tale principio è riportato e tutelato nell'art.3 della Costituzione che, nei due commi che lo compongono, sancisce la c.d. *eguaglianza formale* e *sostanziale*, per cui lo Stato riconosce l'eguaglianza degl'individui non solo sul piano formale, ma anche sostanziale, obbligandosi a *"rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"*[55].

Nondimeno, un altro profilo rilevante circa i nuovi contenuti della Costituzione riguarda il principio personalistico, ampiamente legato a quello di cui sopra, che funge da bussola, fondamentale per l'interpretazione dei diritti ivi inclusi.

Per poter comprendere a fondo il contenuto di tale principio bisogna necessariamente prendere in considerazione un'altra disposizione della Costituzione, l'art.2. esso stabilisce:

"La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

È importante tenere a mente il primo capoverso dell'articolo, ove è sancito che la Repubblica non solo riconosce, ma garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, anche come singolo, oltre che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

Ebbene questo articolo, in congiunzione con il precedente, non a caso entrambi sono inclusi negli immodificabili principi fondamentali della Costituzione, costituiscono le chiavi di lettura attraverso cui è possibile giungere a quel risultato che costituisce il riconoscimento dei 'diritti sociali' al pari di quelli di libertà[56] nell'ordinamento, superando anche la Costituzione di Weimar su quell'unico elemento che ne ha costituito, allo steso tempo, innovazione e limite della stessa.

Di fatti la Costituzione tedesca includeva sì i 'diritti sociali', elevandoli al rango costituzionale, ma li aveva tenuti scissi da quelli di libertà lasciando aperte possibili interpretazioni, che come è successo, ha finito per metterli in contrapposizione.

Nella Costituzione repubblicana italiana invece, i due articoli riportati costituiscono la solida base per l'unione degli stessi, grazie anche al principio personalistico che non esisteva nella Carta tedesca.

[55] Art.3 Costituzione, II comma.

[56] Il risultato inteso è il raggiungimento dello 'stato di diritto materiale' di cui al paragrafo precedente.

Di fatti, da un lato, con l'art.3, la Repubblica si assume il compito di rimuovere gli ostacoli affinché si realizzi un'eguaglianza sia formale che sostanziale degl'individui, in piena coerenza con un'idea di eguaglianza di cui sopra.
L'art.2, dall'altro lato, chiosa il *principio di eguaglianza* stabilendo quello *della dignità umana*. Tralasciando l'analisi sul concetto di dignità umana e dei rischi che si corrono con le sue interpretazioni[57], preme però porre l'attenzione sul riconoscimento e garanzia dei 'diritti inviolabili dell'uomo'.
Come anche la Pioggia sostiene, in tale definizione si staglia il principio personalistico che permea l'intero testo costituzionale, qui si erge il faro che aiuta ad approdare alla conoscenza dei diritti.
Di fatti, prendendo in prestito le sapienti parole di Baldassarri, "l'idea di persona, nella sua semplice dimensione di essere individuale e di essere sociale, vi si staglia nettamente, infatti, come concetto unificatore dei diritti di libertà con quelli 'sociali'".
Oltre a dover sottolineare la chiarezza, e la semplicità, qualità difficilmente coniugabili assieme nello scrivere, con cui Baldassarri individua e spiega il concetto grazie al quale si incontrano i due tipi di diritti, sociali e di libertà, bisogna muovere un passo in avanti, riprendendo quanto detto in precedenza circa lo 'Stato di diritto materiale', in particolare la nozione di 'legalità costituzionale' o 'per valori', che costituirebbe il limite, ed il parametro, per l'azione politica e legislativa.
Ebbene, nella Costituzione repubblicana, i due articoli in oggetto, alla luce di tale visione personalistica, permettono una lettura orientata dei 'diritti sociali' contenuti che non ne nega il contenuto pieno ed assoluto, come i 'diritti di libertà'.

2.2.1 Il diritto alla salute nella Costituzione repubblicana

Ebbene, il diritto alla salute, includibile nella lista dei 'diritti sociali' compresi nella Costituzione, ha seguito un percorso interpretativo che fonda le sue radici in quelle teorie dottrinarie meravigliosamente riportate da Baldassarri, che ne hanno per molti anni contenuto la portata.

Di fatti, come è possibile capire dalla lettura delle stesse, nella prassi i 'diritti sociali' venivano, quando più o quando meno, svuotati di senso costituzionalistico, divenendo solamente norme programmatiche, più o meno vincolanti per il legislatore.
Non a caso quest'ultimo, in entrambe le teorie di cui sopra, era sempre previsto di intervenire in un modo o nell'altro.
La conseguenza di tale interpretazione portava ad una situazione in cui i 'diritti di libertà' erano giustamente riconosciuti e classificati come *diritti soggettivi*, ed in quanto tali efficaci ed azionabili *erga omnes* da parte del titolare, mentre gli altri no.

[57] Rimando a quanto scrive A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*

Le conseguenze non erano di poco conto per i 'diritti sociali', in quanto gli venivano negate le peculiarità dell'altra categoria di diritti, tra le quali meritano una menzione particolare, "a) assolutezza, intesa come pretesa al rispetto non da una o più persone determinate, ma da parte della generalità dei consociati; […] c) negatività del dovere imposto ai soggetti passivi, che si identifica in un *non facere*; […] f) immediatezza, nel senso che tali diritti non richiedono una normativa di dettaglio per la loro attuazione, ma sono pienamente efficaci non appena previsti in una qualunque disposizione"[58].

Appare chiaro, quindi, come nel contrapporre i 'diritti sociali' a quelli di libertà, si negasse il possesso dei primi del contenuto più rilevante dei secondi.

Infatti non c'era alcuna pretesa assoluta da far valere fino a che il legislatore non fosse intervenuto a portare ad esistenza i 'diritti sociali' grazie ad una legge, perciò anche l'immediatezza non sussisteva dato che era necessaria una normativa di dettaglio.

Infine la caratteristica della negatività, vale a dire del *non facere*, era per definizione esclusa perché i 'diritti sociali' presupponevano un fare da parte delle autorità, nel senso che, una volta definita la normativa di dettaglio, alle autorità si chiedeva un intervento affinché la pretesa del diritto fosse realizzata.

Come anticipato, ad un percorso simile fu sottoposto inizialmente anche l'art.32, dal quale si "escludeva che da esso potesse trarsi altro contenuto concreto diverso dal diritto degli indigenti a cure gratuite" [59] [MORANA].

Al pari di altre disposizioni, differenti e precedenti, l'art.32 non venne attuato integramente.

A determinare tale iniziale insuccesso dell'art.32 fu il suo accostamento con l'art.38, il quale riconosceva sia agli inabili al lavoro il "diritto al mantenimento e all'assistenza sociale"[60], sia, più in generale, ai lavoratori il "diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria"[61].

Questo articolo richiama immediatamente alla mente le visioni corporativistiche ispiratrici della legge sull'assicurazione obbligatoria di epoca fascista, momento nel quale, lungi dal venire promulgata una Costituzione, i 'diritti sociali' erano ancora nelle mani di un legislatore ordinario.

Ciò riprova, inoltre, quanto detto circa le teorie dei giuristi del tempo, i 'diritti sociali', non solo erano privi di un senso costituzionalistico, anche se nell'Italia fascista il testo costituzionale vigente non includeva alcuna disposizione simile all'art.38, ma essi non erano tantomeno nella disposizione dei soggetti fino a che l'autorità pubblica non li avesse violati[62].

---

[58] P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, vol.1, p.284-285, II edizione ampliata, Torino, Giappichelli editore, 1991.

[59] Si badi bene che tale diritto, nonostante elevato al rango costituzionale, veniva già riconosciuto dalla legge crispina del 1889, perfettamente in linea con quanto succedeva nei vari paesi europei alla fine del secolo XIX. I governi dell'epoca attuavano riforme di stampo 'socialista' a livello di legge ordinaria.

[60] Art.38, I comma.

[61] Art.38, II comma.

[62] Ciò dimostra altresì come inizialmente tali diritti fossero solamente azionabili, in caso, contro le autorità una volta che il legislatore avesse esaurito il suo compito promulgato la legge e queste non l'avessero rispettata. Altresì, se il legislatore, stando

Il corporativismo fascista inoltre calza pienamente le idee che caratterizzavano le teorie di cui sopra. Stando a quanto affermava [63], ciò che preme mettere in evidenza delle sue caratteristiche è la completa assenza di una visione personalistica.

Di fatti l'individuo, portatore di diritti che, come la Costituzione anche rimarca, sono inviolabili ed innati, oltre che contraddistinti da "inalienabilità, indisponibilità, irrinunziabilità ed imprescrittibilità" [GROSSI], poteva essere limitato nella sua sfera giuridica in favore della collettività.

Di conseguenza, quei diritti che sono definiti come 'sociali' erano atti ad essere posti in secondo piano rispetto al preminente interesse della collettività che si faceva corrispondere a quello nazionale[64]e, di nuovo, l'attuazione ed il riconoscimento dei 'diritti sociali' venivano rimandati.

Dunque, se da un lato tali teorie hanno influenzato giuristi dei primi del Novecento, producendo i loro echi fino al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, dall'altro l'assimilazione, proprio in virtù di queste, dell'art.32 con l'art.38 ostruivano il percorso per giungere ad una visione del Diritto alla Salute piena, ed in piena coerenza con il resto dei principi costituzionali, di cui sopra, che invece ne costituiscono la forza e struttura.

L'ingiusta lettura dell'art.32 alla luce dell'art.38 permetteva di giungere alla sola conclusione che lo stesso riconoscesse il "diritto dei lavoratori a beneficiare di un'assistenza sanitaria pubblica in caso di malattia" [MORANA], oltre quanto sopra riportato.

L'art.32 non possedeva, a detta di molti, un contenuto proprio, al massimo sole disposizioni, ancora, di natura meramente programmatica.

Si sarebbero dovuti attendere almeno vent'anni per trovare un mutamento, sia legislativo che giuridico, circa il Diritto alla Salute.

2.2.2 Natura e contenuto del Diritto alla Salute nella sua forma individualistica

Di fatti, la legge sulla riforma ospedaliera del 1968, di cui sopra, costituisce una prima rudimentale forma di applicazione del dettato costituzionale, in particolare nel riconoscere a tutti il diritto alla salute e nel prevedere che la repubblica s'impegnasse per la sua tutela.

La giurisprudenza, non da meno, intraprese contemporaneamente un filone interpretativo del tutto nuovo rispetto al passato, per cui aprì le porte al riconoscimento del contenuto costituzionale del Diritto alla Salute contenuto nell'art. 32, non più visto come norma meramente programmatica.

---

alla prima delle teorie copra riportate, non promulgasse mai la legge di riconoscimento di tali diritti, non ne esisterebbe mai violazione e quindi non esisterebbe mai il 'diritto sociale'.

[63] Rimando alla Carta del lavoro, di cui al paragrafo 1.2, che lo spiega in maniera chiara.

[64]Per questo per lungo tempo si è cercato di intervenire sull'igiene più che sulla salute, perché l'interesse era quello di tutti a che tutti stessero bene più che intervenire perché uno guarisse.

È importante riportare alcune sentenze della Corte Costituzionale per comprendere la visione, mutata, del Giudice delle leggi circa il Diritto alla Salute, oltre che prenderle come spunto per poter giungere ad una definizione, attuale, dello stesso.

Innanzitutto le sentenze degli anni Settanta durante i quali, come detto, la giurisprudenza scopre un nuovo contenuto del Diritto alla Salute.

Si tratta delle sentenze 247/1974 ed 88/1979 con le quali la Corte ha definito il Diritto alla Salute come "diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati"[65].
Il passo avanti compiuto verso il pieno riconoscimento, come diritto fondamentale, del Diritto alla Salute è importante.
Riprendendo quanto detto in precedenza circa i 'diritti di libertà', ed in particolare della loro azionabilità in senso assoluto, vale a dire *erga omnes*, appare chiaro che, quanto stabilito dalla Corte Costituzionale sia orientato esattamente a considerare un 'diritto sociale', come quello alla salute, al pari di quelli di libertà.
Viene riconosciuta, soprattutto, l'azionabilità diretta da parte del titolare, non solo verso le autorità, che erano già previste come possibili destinatarie della pretesa, in quanto su queste grava l'obbligo imposto dal contenuto della disposizione che costituisce il diritto, ma anche verso i privati, la quale azione, se grave, è ben capace di minacciare il rispetto di diritti come quelli costituzionali. Proprio a tal riguardo, la Corte Costituzionale è stata coerente nel proseguire con tale filone interpretativo, ed in una sentenza successiva così stabilisce:

"La sentenza di questa Corte n. 88 del 1979, nel riaffermare che il bene afferente alla salute é tutelato, come diritto fondamentale della persona, direttamente dalla Costituzione, dichiara che la violazione di tal diritto, nel costituire illecito civile, determina, per sé, il sorgere dell'obbligazione riparatoria.
La lettera del primo comma dell'art. 32 Cost., che non a caso fa precedere il fondamentale diritto della persona umana alla salute all'interesse della collettività alla medesima, ed i precedenti giurisprudenziali, inducono a ritenere sicuramente superata l'originaria lettura in chiave esclusivamente pubblicistica del dettato costituzionale in materia"[66].

È definitivamente superata la concezione pubblicista, corporativista, che non riconosceva al Diritto alla Salute un'autonomia nell'ordinamento, che lo vedeva come norma programmatica.

Senza entrare troppo nello specifico degli effetti che nel resto dell'ordinamento tali sentenze hanno avuto, basti pensare alla reinterpretazione delle norme civilistiche in conformità con l'art.32, queste offrono la possibilità di individuare delle caratteristiche del Diritto alla Salute.

[65]I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.
[66]Corte Costituzionale, 30 giugno 1986, n.184.

L'azionabilità diretta da parte del titolare richiama alla mente le caratteristiche tipiche dei 'diritti di libertà', questo fa quindi presumere che il Diritto alla Salute attribuisca al titolare una posizione soggettiva da far valere, in maniera assoluta.

Volendo riassumere, è possibile quindi definire il Diritto alla Salute come un *diritto soggettivo*.

Ovviamente ciò non basta per dare una definizione completa dello stesso.
Quando si dice che il Diritto alla Salute è un *diritto soggettivo*, occorre individuare quali situazione soggettive facciano capo allo stesso.
Nel definire quali sono queste situazioni, un'anticipazione si presenta come obbligatoria da fare, al fine di rendere più coerente ed organico il discorso.
Il Diritto alla Salute è un diritto, soggettivo, dalla forma *complessa*, vale a dire che è composto da due volti, entrambi lati della stessa medaglia.
Questi due vanno ad integrare la definizione della natura del Diritto alla Salute.
Da un lato il Diritto alla Salute fa capo a quella categoria di diritti che sono raggruppati sotto la definizione di 'diritti di libertà', dall'altro invece fa capo all'altra categoria che per molto tempo ai primi veniva contrapposta, quella dei 'diritti sociali'.
Come detto in precedenza, il superamento della dicotomia tra 'diritti di libertà' e 'diritti sociali' era una condizione necessaria affinché il Diritto alla Salute ottenesse un riconoscimento pieno.
Il Diritto alla Salute è, dunque, un *diritto soggettivo complesso* in quanto il suo contenuto, vale a dire le situazioni soggettive di cui a breve si parlerà, lo identificano sia come 'diritto di libertà' che come 'diritto sociale'.

Circa il primo dei due volti propri del diritto alla salute, vale a dire quello di libertà, si caratterizza nella libertà del soggetto di disporre del bene oggetto del diritto, vale a dire la propria salute.
Riprendendo brevemente il contenuto generale dei 'diritti di libertà', oltre ad essere assoluta la pretesa del titolare, quello che in tale momentanea analisi va sottolineata, è la caratteristica della 'negatività', per cui al resto dei consociati, oltre che alle autorità pubbliche, viene imposto l'obbligo, negativo, del *non facere*.
Nel caso del diritto alla salute, tale obbligo si sostanzia nel divieto gravante su ciascun soggetto passivo di interferire nella disposizione del bene in oggetto da parte del titolare.
"In altri termini, nessun soggetto può lecitamente essere obbligato, costretto o impedito […] nei comportamenti che egli assuma o intenda assumere relativamente a quello specifico settore della vita materiale definito dal concetto di 'salute'"[67].
Sempre in merito alla libertà circa la disposizione della propria salute, prendendo in prestito le valenti parole di Grossi, "è poi subito da soggiungere […], che anche chi desidera astenersi dal far uso positivamente di

[67] D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, p.33, II edizione, Torino, Giappichelli editore, 2015.

una determinata libertà costituzionalmente sancita viene, salvo diversa esplicita disposizione costituzionale, in pari tempo ed allo stesso modo tutelato in questa sua inerzia"[68].

Va da sé che per libertà non si intende solamente un aspetto positivo della stessa, cioè decidere *se* e *come* curarsi, ma anche il suo aspetto negativo, ovverosia di non ricevere, anche del tutto, determinate cure mediche[69].

La maniera poi, attraverso la quale il titolare esprime la sua volontà e dispone della propria libertà, vale a dire concretizza il proprio diritto all'autodeterminazione, si basa sul così detto 'consenso informato', che costituisce la base per il rapporto medico-paziente e che è condizione necessaria affinché un soggetto decida in maniera integra.

L'importanza di tale elemento è stata altresì ricordata, e stabilita, dalla Corte Costituzionale in un'importante sentenza, del 15 dicembre 2008, n. 438, in cui scrive che "occorre rilevare che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

La Corte ancora prosegue stabilendo che "la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute […] Discende da ciò che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute"[70].

Tralasciando il contenuto del 'diritto al consenso informato', che tuttavia chiosa quanto detto in materia di libertà, cioè che un soggetto può disporre o meno della propria salute, a patto che ciò avvenga in piena consapevolezza, occorre sottolineare ed evidenziare un passaggio contenuto nella sentenza della Corte, quello in cui stabilisce che il consenso informato riveste una funzione di sintesi tra i diritti fondamentali all'autodeterminazione ed alla salute.

Come la Pioggia spiega dettagliatamente, il ponte, costituito dal diritto al consenso informato è, più in generale, quello tra il volto di 'diritto di libertà' del diritto alla salute e quello sociale. Infatti nel diritto all'autodeterminazione, letto con quello alla salute, troviamo la piena attuazione della connotazione di libertà del diritto alla salute, manca a tutto ciò l'elemento sociale del diritto, cioè quello di ricevere le prestazioni sanitarie, che come visto si possono anche rifiutare.

---

[68] P.GROSSI, *op. ult. cit.*, p.240.

[69] Questo contenuto importante del diritto alla salute, nella sua veste di libertà, è parte del filone interpretativo, seguito anche dalla Corte di Cassazione, sul quale poggia il dibattito attuale circa la possibilità di rifiutare i trattamenti sanitari.

[70] Corte Costituzionale, 15 dicembre 2008, n.438.

Più in generale si può parlare del 'diritto alle cure mediche', o 'ad essere curati'.
Questa è un'altra situazione soggettiva che è inclusa nel contenuto del diritto alla salute.
Destinatari di tale connotazione sociale del diritto alla salute sono solitamente le autorità pubbliche e coloro incaricati di fornire ed erogare servizi sanitari, perciò, proprio a rimarcare di aver sconfinato nella sfera sociale del diritto, non c'è più una pretesa assoluta a che i soggetti, tutti, non ledano o non interferiscano nella disposizione della salute da parte del titolare, ma la pretesa di essere curati vale solamente per alcuni destinatari specifici, per cui in questo aspetto specifico del diritto alla salute esso "si atteggia come diritto relativo" [MORANA].

Se si prende in considerazione, quindi, il carattere sociale del diritto alla salute, preme anche riprendere quanto detto in precedenza circa l'evoluzione storica della nozione dei diritti sociali. Essi, anche se esclusi di possedere solo una mera funzione programmatica, hanno tuttavia necessità che venga predisposta una struttura che ne dia concreta attuazione, come del resto alcuni diritti di libertà.
S'intende che, sia attraverso leggi ordinarie, che tramite lo stanziamento di risorse materiali, che siano economiche, umane o di conoscenza, si deve dare attuazione, da parte del legislatore, del dettato costituzionale che lo vincola, in una maniera, altresì, conforme allo stesso dettato, vale a dire che non lo violi, salvo venire censurati dalla Corte proprio per illegittimità costituzionale.
Proprio riguardo quest'ultimo punto occorre una breve chiarificazione.
Anche il vedere un diritto sociale come meramente programmatico, nonostante l'evoluzione di cui si è parlato, ha delle importanti conseguenze, che Crisafulli spiega ottimamente.
Alle norme programmatiche veniva già riconosciuto una natura *precettiva*, cioè destinate ad uno specifico destinatario, nel caso del diritto alla saluto, la Repubblica, oltre che una natura vincolante del contenuto.
Ciò che bisogna però riportare del testo del Crisafulli è la sua osservazione per cui, successive alle due caratteristiche appena riportate delle norme programmatiche, ve ne sono altre.
Secondo queste, le ultime determinano l'automatico "riconoscimento della invalidità di legge successive che fossero in contrasto con le norme costituzionali programmatiche"[71], anche se atte a formare la struttura per la loro attuazione, oltre che l'assimilazione a norme programmatiche di norme che non lo sono, "perché rivolte a disciplinare esse stesse certe materie, e tuttavia insuscettibili di immediata applicazione per ragioni tecniche, ossia perché bisognose di integrazione ad opera di apposite norme legislative strumentali"[72].
Riportando il tutto nell'ottica delle finalità di tale studio, la struttura che deve essere predisposta da chi di dovuto, deve essere conforme a quanto specificato dalla Costituzione, per non essere censurata, così facendo

[71] V.CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, p.62, Milano, Giuffrè editore, 1952.
[72] V.CRISAFULLI, *Op. ult. cit.*

si soddisfa la pretesa, sociale, del diritto alla salute, che per essere del tutto chiari, s'intende come il diritto di ricevere delle cure.

La natura sociale del diritto alla salute si poggia interamente sulle lettere del primo comma dell'art. 32 "La Repubblica tutela la salute" e "garantisce cure gratuite agli indigenti".

Altro aspetto che occorre riportare del diritto alla salute nei panni di 'diritto sociale' è quello che, a differenza di quanto detto circa i 'diritti di libertà', esso può essere compresso e limitato per diversi motivi, che vanno chiaramente di volta in volta individuati e ritrovati sempre nella Costituzione.

Il legislatore, dunque, nel dare attuazione alla norma, ha la possibilità di bilanciare, quando necessario, gli interessi costituzionalmente rilevanti che sono in gioco.

In particolare, per coerenza del discorso, merita una menzione particolare la possibilità di assoggettare il diritto alla salute, quando vi si intende diritto alle prestazioni sanitarie, alla "determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione"[73]da parte del legislatore ordinario.

Al termine della sua analisi la Corte, nella medesima sentenza di cui sopra, definisce anche l'art.53 come "pari ordinato ma non prevalente rispetto all'art. 32" dimostrando che ci sono situazioni ed interessi costituzionalmente rilevanti e tutelati che possono costituire motivo di limitazione del diritto alla salute, ma esso non facilmente viene ritenuto come soccombente.

È il caso del vincolo finanziario che costituisce un valido motivo per limitare l'erogazione dei servizi sanitari, la Corte aveva infatti riconosciuto che il legislatore ordinario fosse tenuto "ad osservare una ragionevole gradualità di attuazione dipendente dalla obiettiva considerazione delle risorse organizzative e finanziarie a disposizione"[74].

Tuttavia, in sentenze più recenti, la Corte ha comunque posto un limite alla crescente facilità con cui il legislatore si avvalesse di tale possibilità per limitare la spesa pubblica in materia di salute, stabilendo 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"[75].

Queste affermazioni della Corte permettono di muovere un leggero passo in avanti circa questa illustrazione del contenuto e la natura del diritto alla salute.

Quando ponderato con altri diritti ed interessi costituzionali la Corte è sembrata restia ad accettarne la degradazione.

[73] Corte Costituzionale, 08 luglio 1982, n.142.
[74] Corte Costituzionale, 26 settembre 1990, n.455.
[75]Corte Costituzionale, 07 luglio 1999, n.309.

Gioca infatti un peso specifico importante, in tale valutazione, l'aggettivo "fondamentale" con cui il costituente ha qualificato il diritto alla salute degl'individui[76].

Nonostante le varie tesi che si sono susseguite riguardo la valenza dell'aggettivo "fondamentale", la più apprezzata è quella per cui, lungi dall'elevare il diritto al di sopra degli altri ovvero a non avere alcuna valenza giuridica, "sembra, infatti, evidente che la contraddizione fra due principii o fra un principio ed una regola o fra due regole non possa che superarsi in favore di quello di quella che risulti testualmente chiamata fondamentale rispetto all'altro od all'altra, che, privi di una tale qualificazione, sono evidentemente nei loro confronti da considerarsi secondari"[77].

Questa sembrerebbe la corretta interpretazione da attribuire all'aggettivo "fondamentale".

Come altri hanno già puntualizzato[78], la fondamentalità del diritto alla salute si manifesta sia nei confronti del singolo individuo, che verso l'interesse della collettività alla salute, che corrisponde all'ultimo aspetto del diritto alla salute, art.32 Costituzione, da analizzare.

2.2.3. Il Diritto alla Salute come '*interesse della collettività*'

Il diritto alla salute come '*interesse della collettività*' è un aspetto dell'art.32 non trascurabile, considerando anche le sue implicazioni storiche.

Di fatti, prima dell'entrata in vigore della Costituzione, come d'altronde già visto, la salute, non intesa ancora come un diritto, era perlopiù un interesse della collettività.

Gli interventi che lo Stato si assumeva di compiere a riguardo, erano principalmente nell'interesse della collettività e riguardavano la salute identificata, non tanto in un'accezione di benessere degl'individui[79], quanto più come un mero stato di assenza di malattia.

Pertanto lo Stato si imponeva, come finalità principale, quella di provvedere a che i cittadini non venissero in contatto con situazioni che potessero determinare la perdita dello stato di salute. Entrata in vigore la Costituzione, si chiedeva una rilettura '*dell'interesse della collettività*', alla luce proprio del diritto alla salute che veniva codificato.

Innanzitutto è possibile escludere una qualsivoglia interpretazione che riprenda i caratteri, per così dire, corporativistici del diritto alla salute.

Ciò significa che la salute del singolo non viene tutelata perché inserita nelle finalità di perseguire la tutela della collettività.

---

[76] Potrebbe influenzare nella valutazione interpretativa del diritto alla salute il fatto che è l'unica volta che nel testo costituzionale appare tale aggettivo legato ad un diritto, ma pare sovente che la sua inclusione nel testo non avesse lo scopo di porre l'art.32 più in alto degli altri diritti.

[77] P.GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, p.6, Padova, CEDAM, 2005.

[78] Rimando al testo già citato di D.MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, p.66.

[79] La concezione della salute 'stato di benessere' si forma a partire dalla fine del Secondo conflitto Mondiale, e venne ratificata anche in documenti di valenza internazionale, tra cui lo statuto dell'Organizzazione Mondiale della Sanita (OMS) che recita: "Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity".

In altre parole, il singolo non diviene strumento per perseguire politiche sanitarie generali, e quindi il diritto alla salute non viene riconosciuto allo stesso perché possa essere strumentale a fini diversi[80] che la sua disposizione, ai sensi della Costituzione, da parte del soggetto.

Tuttavia la previsione della tutela della salute come '*interesse della collettività*', ha naturalmente dei risvolti giuridici.
Rimane ferma la natura prettamente individualistica del diritto alla salute, di fatti anche nella prima forma con cui l'art. 32 fu posto ai voti durante l'assemblea costituente non sussisteva alcuna menzione alla collettività[81], e ciò non deve, tuttavia, far sottovalutare la presenza di tale interesse ritenuto meritevole di tutela.

Escluso che il diritto alla salute del singolo possa essere ricompreso '*nell'interesse della collettività*', si può invece pensare che lo stesso, nella sua forma principalmente di 'diritto di libertà', trovi '*nell'interesse della collettività*' un limite, per così dire, esterno, nel senso che essa libertà potrà essere limitata, "nel rispetto delle ulteriori garanzie stabilite dall'art. 32 Cost."[82], che ora si vedranno, solamente per il perseguimento di finalità strettamente legate all'interesse collettivo di sanità, e non altre, ed arbitrarie, ragioni di interesse pubblico.

Ciò ben coincide con quanto appena detto, circa l'interpretazione corporativistica del diritto alla salute.
Di fatti, è cosa diversa ritenere il singolo secondario rispetto all'interesse generale della collettività da riconoscere, invece, primariamente il diritto alla salute come un "fondamentale diritto dell'individuo" che può essere limitato, con le dovute accortezze, per '*l'interesse della collettività*'.

Un ulteriore piccolo rilievo può essere compiuto a riguardo.
La salute intesa come '*interesse della collettività*' deve altresì possedere il carattere della generalità, vale a dire che l'intervento limitativo il comportamento del singolo, libero di disporre della propria salute, si giustifica solamente quando la salute della collettività è posta a rischio dal suo comportamento[83].
All'interno di tale limite il soggetto è libero di agire come meglio crede.

---

[80] La Costituzione, successiva alla Seconda Guerra Mondiale, aberra e vieta degli eventi accaduti nei paesi comandati da dittatori, in particolare nell'ambito della sanità e dell'integrità fisica. Perseguendo utopie igieniste o razziste medici, principalmente in Germania, avevano permesso di sottoporre alcune persone ad interventi, quali la sterilizzazione, per perseguire assurdi interessi nazionalistici, quali la razza pura. La Costituzione, così come anche altri documenti internazionali, da vedere Costituzione dell'OMS, bandivano definitivamente tali eventi, ponendo le basi perché non riaccadessero più.
[81] È utile, al riguardo, approfondire tramite una lettura dei 'lavori preparatori' dell'assemblea costituente, più nello specifico la seduta di martedì 28 gennaio 1947.
[82] D.MORANA *Op. ult. cit.*, p.39.
[83] È attuale, a riguardo, il tema circa il movimento di protesta ai vaccini, tacciati di generare malattie, poiché oltre una certa percentuale di popolazione non vaccinata si corre il rischio di permettere il risorgere di malattie che invece, proprio grazie agli stessi, erano state debellate. L'OMS a riguardo ritiene che almeno il 95% della popolazione deve essere vaccinata affinché i restanti siano indirettamente coperti dalle malattie per cui esiste il vaccino.

2.3I limiti al Diritto alla Salute

2.3.1 “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento se non per disposizione di legge”

Quando, come nel caso di cui sopra, il legislatore è legittimato ad intervenire per perseguire la tutela dell’interesse collettivo alla salute, altre condizioni chiedono di essere rispettate.

Avendo sempre alla mano i lavori preparatori della seduta già menzionata, appare chiaro come per i Costituenti fosse preminente la necessità di regolare la possibilità di limitazione del diritto alla salute, andando anche ben oltre.

Si sta parlando di quello che poi divenne il II comma dell’art.32, in cui si scrive che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”, e che “la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Innanzitutto, tornando a quanto appena detto sull’interesse della collettività, il legislatore deve quindi, se mira alla tutela della salute della stessa, predisporre il limite con una legge che non vìoli il delicato rapporto tra diritto del singolo e ‘*interesse della collettività*’. Oltre a ciò, si chiede anche il rispetto della ‘*dignità umana*’.

Esulando dal discorso limitato al rapporto tra il diritto del singolo e l’interesse della collettività, appare chiara, anche ad una prima lettura, la portata ben maggiore del secondo comma, che completa l’analisi del diritto alla salute.

Nel comma in questione troviamo la base costituzionale per limitare la libertà dell’individuo. Una delle maniere attraverso cui viene limitata tale libertà è l’imposizione di specifici trattamenti sanitari.

L’ultima parola è molto importante, perché prevede che suddetti trattamenti siano positivi o, perlomeno, benefichi per la salute del soggetto.

Esiste nell’ordinamento un’ipotesi, anche l’unica, in cui il trattamento sanitaria che viene imposto coincida sia con l’interesse collettivo alla sanità che a quello del singolo.

Si tratta, come già anticipato nella nota a piè di pagina, dei vaccini.

Sono l’unico caso di trattamento sanitario che è obbligatorio per tutti, e la loro previsione, ed attuazione, mira sia a tutelare la salute del singolo, che quella della collettività, a che non si diffondano pericolose malattie difficilmente debellabili.

Per imporre tali trattamenti sanitari deve esistere una legge che li disciplini.

L’art.32 II comma, di fatti, istituisce una vera e propria riserva di legge circa l’imposizione di trattamenti sanitari sulla persona.

Ciò detto, nonostante tale riserva non generi molte discussioni al riguardo, l’unico elemento che la dottrina ha avuto il merito di definire è la natura della stessa, vale a dire se essa sia ‘assoluta’ o ‘relativa’.

Ciò che dipenderebbe da tale differenza è il tipo di legislazione, primaria o secondaria, che può prevedere il trattamento sanitario.
Se la riserva fosse assoluta, allora solo la legge ordinaria potrebbe prevedere un siffatto trattamento, mentre nel secondo caso anche altri tipi di atti, ferma restando la legge, quali ad esempio dei regolamenti, ai quali sempre di più vengono attribuite le discipline di alcune materie sanitarie.
A pendere verso la prima interpretazione, come Morana analizza e spiega magnificamente, c'è il confronto con l'art.23 della Costituzione, per tutti tacitamente riconosciuto come sancire una riserva di legge relativa.
La differenza tra questo e l'art.32 sta nel linguaggio che viene utilizzato.

Mentre il primo recita "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge", il secondo utilizza, in maniera più specifica, i termini "se non per disposizione di legge".
Nel primo sembra possibile ritrovare una sorta di "apertura ad atti di natura secondaria"[84] che manca nel secondo.

Possiamo, ora, muovere le mosse verso il secondo capoverso del II comma dell'art.32, in cui alla riserva di legge viene previsto un ulteriore limite che riguarda la legge stessa, vale a dire il rispetto della persona umana, che non può in alcun modo, da essa, essere violata[85].

L'onorevole Grassi nella seduta dell'assemblea costituente aveva già affermato che includere parole quali "rispetto della persona umana" fosse ambiguo, anche se egli lo intendeva come accezione negativa, atta ad escludere tale previsione dalla Costituzione, poiché avrebbe potuto limitare troppo l'intervento del legislatore.
Non condividendo le il contenuto delle parole dell'onorevole, la genericità che caratterizza le lettere costituzionali merita, ad ogni modo un chiarimento.
In particolare, riprendendo le parole di Modugno, il "rispetto della persona umana" farebbe capo a tutte le manifestazioni, più o meno esplicite, tramite le quali essa si presenta e può essere dedotta.
S'intende che, vedendola da un'altra prospettiva, la "persona umana" di cui all'art.32, può essere ricostruita facendo riferimento ai pensieri, alle visioni, alle idee e volontà del soggetto, che costituendo i tratti della sua personalità, fungono da parametro per valutare il "rispetto della persona umana" quando la legge dispone un trattamento sanitario obbligatorio[86].

[84]D.MORANA, *Op. ult. cit.*, p.48.
[85]Riguardo quanto detto in precedenza circa i terribili eventi accaduti durante la Seconda guerra Mondiale, in particolare le sterilizzazioni, nel corso della seduta dell'assemblea costituente, al momento di votare l'approvazione di tale seconda parte del II comma, come necessità della sua inclusione, alcuni onorevoli partecipanti avevano esplicitamente dichiarato che tra gli eventi da non ripetere e da tenere a mente come terribili v'era proprio quello delle sterilizzazioni.
[86] Proprio questi elementi sono quelli che la Corte prese, e prende, in considerazione quando per esempio si è trovata a dover risolvere casi che riguardassero il rifiuto di ricevere trattamenti sanitari, ovvero la loro sospensione. In assenza di una legislazione precisa e chiara, la Corte basò sugli stessi il proprio convincimento per prendere una decisione. Questo è rilevante anche per

Ma ciò non è abbastanza, di fatti, bisogna anche riconoscere quanto altre voci autorevoli hanno affermato, cioè che il concetto di "rispetto della persona umana" sembrerebbe essere composto anche da una sintetizzazione degli altri principi costituzionali previsti e tutelati, quali ad esempio, la libertà di coscienza e di religione.

Potendo, tuttavia, tali aspetti della personalità del soggetto essere anche in contrasto con gli stessi trattamenti sanitari previsti per legge, ciò permette di aggiungere un ulteriore elemento che caratterizza il "rispetto della persona umana".
Se per esempio, il trattamento imposto fosse "l'unica modalità per scongiurare un danno alla salute della collettività, e nei limiti in cui essa si riveli necessaria e proporzionale allo scopo da raggiungere, la legge che impone l'obbligo del trattamento dovrà dirsi costituzionalmente legittima"[87].
Ciò pone in risalto un elemento della legge che prevede i trattamenti sanitari, la sua finalità.
Per cui, un eventuale interprete, dovrà prendere in considerazione, nel valutare la suddetta legittimità, gli obiettivi per i quali la stessa dispone degli strumenti che dovranno risultare quindi necessari e proporzionali.

Occorre ora andare ancor di più nello specifico circa la definizione "rispetto della persona umana".
Una volta detto da cosa aiuta a definire tale definizione, bisogna ancora specificare quali aspetti della legge entreranno in gioco nella valutazione.
Ciò che sarà rilevante della legge disponente i trattamenti sanitari, saranno quelli che riguarderanno sia direttamente che indirettamente lo stesso soggetto, per fare un esempio, la disciplina che riguarda il rapporto medico paziente.
Nondimeno, potrebbe rilevare anche il tipo di trattamento che viene imposto, vale a dire le modalità ed i tempi con cui esso avviene.
Proprio a tal riguardo, oltre ai vaccini sopramenzionati, nel nostro ordinamento è per legge previsto il così detto 'Trattamento Sanitario Obbligatorio' o TSO, che, perseguendo le finalità di tutela sia della salute che degli altri, nel caso in cui il soggetto interessato assuma anche condotte violente e possibilmente lesive dell'incolumità altrui, ha una disciplina molto stringente in quanto prevede una limitazione della libertà del soggetto molto marcata.
Ciò che, si preme ribadire, è fondamentale verificare è che, le disposizioni aventi ad oggetto elementi del rapporto sanitario investenti il soggetto, avendo chiare le finalità che la legge istituendole persegue, sono ritenute legittime costituzionalmente se rispettano tutta quella serie di fattori che costituiscono la definizione "persona umana", che come si è visto è elemento fondante la Costituzione repubblicana e colonna portante del diritto alla salute riconosciuto agl'individui.

---

provare come il concetto di "rispetto della dignità umana" costituisse una sorta di ultimo baluardo per difendere il diritto alla salute degl'individui, agendo anche in assenza di una normativa del Parlamento.
[87]D.MORANA, *op. ult. cit.*, p.52.

2.3.2 Il Diritto alla Salute come 'diritto finanziariamente condizionato'

Occorre ora riprendere il filo con quanto detto in precedenza circa i 'diritti sociali' come 'diritti finanziariamente condizionati' e riportare quei contenuti in questo ambito di studio.

Il diritto alla salute, non sarò sfuggito che ha un duplice contenuto, individuale e di 'interesse della collettività'.
Volendo essere più generali, abbracciando altresì le parole di altri esperti [MORANA], il diritto alla salute può essere definito come un diritto composto, in cui si trova sia un volto assimilabile a 'diritto di libertà' che un altro più vicino al 'diritto sociale'.

Ebbene, bisogna soffermarsi proprio su quest'ultimo aspetto, il quale, in piena conformità con quanto detto in merito ai 'diritti sociali', racchiude una pretesa verso una controparte, in particolare, per l'ottenimento di una prestazione, di natura sanitaria, vale a dire le cure.

Questo quindi riporta il diritto alla salute in quella categoria di diritti che il Merusi aveva definito come 'finanziariamente condizionati', facendo gravare sul primo quella serie di conseguenze che sono già state esposte.
Per quanto riguarda, più specificatamente, il diritto alla salute, o meglio, il diritto dei cittadini[88] a ricevere le cure mediche, questo può, o deve, essere commisurato con le esigenze di bilancio, in un sadico compromesso che ha pervaso, e pervade, la disciplina dell'ordinamento sanitario, proprio dagli anni 90 in poi, anni in cui possono essere incluse sia la definizione del Merusi che le sentenze della Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi in merito a tale bilanciamento.
Proprio in merito a quest'ultima, bisogna far riferimento a quanto accennato molto brevemente nei paragrafi precedenti[89]ed alle sentenze della Corte stessa ivi riportate, poiché sono le più importanti per comprendere la posizione della Corte, anche perché, nonostante seguano un filone giurisprudenziale già in costruzione negli anni precedenti, in queste la Corte assume una posizione che è quasi un 'manifesto' teorico.

In particolare, sulla Sentenza n. 455/90, già accennata, ci si deve soffermare maggiormente e riportare, oltre al breve passaggio sopracitato, altri dei suoi contenuti proprio perché in questa la Corte spiega bene il rapporto del diritto alla salute con altri interessi.

Innanzitutto il Giudice delle Leggi riconosce un'efficacia *erga omnes* del diritto alla salute, quando, presa in considerazione la sua forma individualistica, esso si palesa come un 'diritto di libertà'.
Se invece rientriamo verso quanto si stava dicendo, vale a dire la sua manifestazione come 'diritto sociale' la Corte si esprime diversamente stabilendo che 'considerato sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari, il

[88] Il Merusi stesso parlerebbe più generalmente, e coerentemente con quanto ha scritto, di utenti del servizio, non più solamente di cittadini.
[89] Si veda a riguardo il paragrafo 2.2.2.

diritto alla salute è soggetto alla determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione della relativa tutela da parte del legislatore ordinario'[90].

La Corte, in pratica, traduce quanto si è detto nelle pagine precedenti circa i 'diritti sociali condizionati', inquadrando il diritto alla salute all'interno dello stesso schema.

È stata, tuttavia, ancor più chiara quando ha stabilito che 'questo principio, che è comune a ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga 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'[91].

Come è visibile dalle ultime lettere di questo passaggio della decisione della Corte, la stessa sembra riservarsi un ultimo sindacato in merito all'esercizio della discrezionalità da parte del legislatore.

Nella Sentenza n. 309/99, anch'essa già riportata, la Corte alza un baluardo di tutela del diritto costituzionale, ovverosia un limite per il potere del legislatore, in particolare nel momento in cui riconosce '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'[92].

Su alcuni elementi riportati dalla Corte nella sua decisione si sono già spese delle parole, ma bisogna, tuttavia, soffermarsi di nuovo allo scopo dell'attuale disamina.

In particolare, la Corte evoca un importante concetto, quello del 'nucleo irriducibile' del diritto, in particolare il diritto alla salute.

Questo riporta immediatamente alla mente quanto si diceva precedentemente in merito alla definizione del Merusi[93], o meglio quanto Baldassarre ammoniva circa i rischi di una siffatta interpretazione.

Ebbene sembrerebbe possibile collegare il concetto di 'nucleo irriducibile' alla 'riserva del possibile' del 'ragionevole' che sono state annunciate, quale elemento inossidabile del diritto. Tuttavia dei problemi interpretativi sorgono sulla base di questo concetto, poiché risulta essere caratterizzato da contorni molto vaghi, non facilmente definibili, così come il suo significato sembrerebbe difficilmente definibile.

Perciò, per trovare un aiuto ad orientarsi nell'interpretazione, bisogna tornare all'ultimo passaggio della sentenza n. 455/90, in particolare quando la corte stabilisce che il 'bilanciamento […] è pur sempre soggetto

[90] Corte Costituzionale, Sentenza n. 455/90.
[91] Corte Costituzionale, Sentenza n. 455/90.
[92] Corte Costituzionale, Sentenza n. 309/99.
[93] Si veda paragrafo 2.1.2.

al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa'[94], e ciò va unito con quanto detto circa il 'nucleo irriducibile.

In sostanza, leggendo assieme questi due passaggi della Corte, si può facilmente trarre la somma delle decisioni.

La Corte riconosce che il bilanciamento operato, fermo restando che non dovrà mai comprimere un 'nucleo irriducibile' del diritto, sarà sempre vagliato dal suo giudizio, se richiesto.

Perciò, la verifica della costituzionalità del modo in cui è esercitata la discrezionalità da parte del legislatore, vale a dire il modo di operare il bilanciamento, avverrà caso per caso.

La Corte valuterà ogni volta la situazione, applicando uno schema di ragionamento il più possibile stabile ed omogeneo, composto da una scala di valori costituzionali, e sulla base di questa definire, volta per volta, il 'nucleo irriducibile' del diritto, letto in ottica del rispetto della dignità umana.

Così essa svolgerà un ruolo di garante del diritto, operando censure delle lacune e sviste del legislatore.

Infine, si accenni solo brevemente al tentativo di alcuni di individuare il contenuto della definizione 'nucleo irriducibile' del diritto.

Si è definito, tale contenuto, con l'obbligo di garantire cure gratuite agli indigenti, ma non appare condivisibile quanto detto poiché questa previsione è espressamente garantita in Costituzione, e non sembra avere lo stesso carattere programmatico che invece va riconosciuto ai 'diritti sociali', per cui opera in maniera diversa rispetto al diritto alla salute nella sua forma 'sociale'.

La Corte, giustamente, ritiene che tale fattispecie rientri, ad ogni modo, in quanto è definibile con 'nucleo irriducibile', di fatti lo precisa stabilendo che 'certamente a quest'ambito che appartiene il diritto dei cittadini in disagiate condizioni economiche, o indigenti secondo la terminologia dell'art. 32 della Costituzione, a che siano loro assicurate cure gratuite'[95].

Però non basta ciò per essere d'accordo con quanto detto da alcuni, poiché irresponsabilmente si ridurrebbe l'operatività del 'nucleo irriducibile' a quanto espressamente stabilito in Costituzione, che chiosa un diritto dal contenuto ben maggiore. Sostanzialmente, il confine del 'nucleo irriducibile' dovrà essere individuato volta per volta dalla Corte, quando chiamata a giudicare sulla sua possibile eccessiva compressione operata dal legislatore, che rimane l'unico demandato a fornire una struttura affinché lo stesso sia soddisfatto. La garanzia delle cure gratuite è un obbligo ulteriore, gravante sulla Repubblica, che inevitabilmente rientra nel concetto di 'nucleo irriducibile', ma non lo esaurisce, perché altrimenti andrebbe ad erodere il contenuto di tale 'nucleo' del diritto alla salute, che invece può assumere contenuti maggiori, che abbraccia più titolari.

[94]Corte Costituzionale, Sentenza n. 455/90.
[95]Corte Costituzionale, Sentenza n. 309/99.

3. Il Servizio Sanitario Nazionale: la sua evoluzione

È giunto il momento di muovere dal passato al presente.

Dopo aver ripercorso l'evoluzione storica del sistema sanitario nazionale, o per meglio dire dei modelli di gestione della sanità in Italia, è opportuno riprendere le fila di tale processo per giungere al sistema sanitario attuale che, come anticipato venne introdotto dalla Legge 23 dicembre 1978, n.833.

Nel corso dell'analisi sarà importante, altresì, riferirsi anche a quanto detto circa il diritto, costituzionalmente tutelato, alla salute, poiché proprio la legge n.833/78 costituisce una sua concreta applicazione.

Anche in tal caso, dopo aver posto la base analitica, con la legge istitutrice, o come alcuni la definiscono, riformatrice, del sistema sanitario nazionale (SSN), verranno trattati gli interventi più importanti di riforma dello stesso così da fornire un quadro giuridico-amministrativo chiaro circa la sua composizione, e poter, quindi, procedere in uno studio più minuzioso di uno dei SSN migliori del mondo.

A tal riguardo, le più importanti modifiche avvenute sono sicuramente, il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n.502, che introdurrà correzioni importanti circa aspetti difettosi della Legge 833/78, ed il decreto legislativo 19 giugno 1999, n.229, che costituirà la "riforma della riforma"[96].
Infine si passerà alla trattazione della Riforma del Titolo V della Costituzione, operata dalla rinomata Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n.3, con la quale, in particolare, si opera un riassetto della divisone delle competenze tra Stato e Regioni, andando ad investire, altresì, le competenze circa l'amministrazione della salute.
Proprio questa nuova dimensione di competenze porrà la base per la riforma che introdurrà il così detto 'federalismo fiscale' che costituisce l'ultima grande novità riguardante il SSN e la sua organizzazione.

3.1 La 'Riforma' della Legge 23 dicembre 1978, n.833

La L.833/78 segna un momento importante nell'ordinamento italiano, in particolare, costituisce il passaggio dal sistema mutualistico, entrato in vigore con la L.138/43, al Sistema Sanitario Nazionale.

Volendo essere più chiari, viene definitivamente abbandonato il sistema dell'assicurazione obbligatoria, virando verso un sistema sanitario pubblico, gestito dallo Stato, aperto a tutti.

Di fatti, nonostante i primi tentativi ed esperimenti della fine degli anni Sessanta, la L.833/78 costituisce la vera e propria rivoluzione, nell'ordinamento italiano, circa la gestione della sanità.

[96] Citazione da R.FERRARA in *L'ordinamento della sanità*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, p.118, Torino, Giappichelli editore, 2005.

Superando le incertezze che avevano connotato in particolare la L.132/68 sulla riforma ospedaliera, la legge istitutrice il SSN definisce, una volta per tutte, il ruolo dello Stato circa la gestione sanitaria, andando a dare ancor più concretizzazione al dettato costituzionale del diritto alla salute.

Occorre proprio cominciare da questi elementi generali e di principio per introdurre lo studio della L.833/78, i quali sono pressoché inclusi tutti nei primi tre articoli.

Proprio il primo consiste in un preciso rimando al dettato costituzionale, andando a dare concretezza ad un diritto costituzionale che, come visto, per molto tempo rimase inascoltato.

L'art.1 della L.833/78 esordisce:

"La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale.

La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana".

È chiara la similitudine testuale e contenutistica di questi primi due commi con l'art.32 Cost., a cui va sommata, altresì, la puntualizzazione del legislatore di includere nell'accezione di salute anche la dimensione psichica del soggetto.

Inoltre esplicitamente viene stabilito che la tutela della stessa avverrà tramite il Servizio Sanitario Nazionale, ivi costituito.

"Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio".

In questo primo paragrafo del III comma viene definita la composizione del SSN, i fini dello stesso oltre che i principi su cui si basa.

Questa disposizione, più precisamente, costituisce il cardine per comprendere il sistema che si era andati ad istituire.

Proprio in merito ai principi sui cui il SSN si basa, essi affondano le loro radici ed origine nei valori sanciti in Costituzione, di fatti, oltre al rinomato art. 32 Cost. essi rimandano all'art. 3 ed all'art.38, in particolare per quanto riguarda la "socialità dell'intervento sanitario"[97].

[97]E. JORIO, *Diritto sanitario*, p.27, Milano, Giuffrè editore, 2006.

Tali principi possono essere identificati, principalmente, nell'universalità del sistema, l'uguaglianza di trattamento, l'unicità dell'amministrazione e la globalità delle prestazione che vengono erogate.

A ciò si aggiungano anche altri principi che non trovano una visione condivisa, tra gli studiosi, circa l'opportunità di inserirli nei principi fondamentali del nuovo sistema, che nonostante sia caratterizzato dalla presenza degli stessi, appare più opportuno definirli come peculiarità proprie del sistema, direttamente successive e conseguenti ai principi di matrice costituzionale appena elencati, che principi fondanti lo stesso.

Questi, in particolare sono, "l'uniformità delle prestazioni" e la "socialità dell'intervento sanitario"[98] oltre che "l'equità del finanziamento" ed "il controllo democratico"[99] del sistema.

Come si avrà modo di vedere, nonostante sia indiscusso riconoscere che i 'principi' di cui sopra corrispondono attualmente a veri e propri aspetti innovativi del SSN, introdotti dalla L.833/78, e che hanno, altresì, ottenuto il plauso di molti tra studiosi, giuristi e politici, e ferma restando la loro vicinanza ai valori costituzionali, essi sembrano, più correttamente, annoverabili tra gli aspetti peculiari che hanno reso, e rendono, unico il Sistema Sanitario italiano nel mondo, differenziandolo da molti altri in altri Paesi, anche Occidentali.

3.1.1. L'*universalità* del sistema

Per individuare il senso del principio dell'universalità è possibile cominciare l'analisi partendo dalla legge sulla 'riforma ospedaliera', vale a dire la L.132/68, in particolare il suo primo articolo, nel quale veniva riconosciuto il diritto alla salute a tutti nel territorio dello Stato, sia cittadini italiani che stranieri.

Senza rientrare nel merito della legge e degli effetti che tale disposizione ebbe, ciò che preme sottolineare è, in merito a quanto già detto, tale apertura manifestatasi con l'art. 1 della L.132/68 era troppo prematura in quanto, nonostante dava voce all'art. 32 Cost., non prevedeva un sistema che potesse supportare l'inevitabile aumento di spesa sanitaria dovuta dall'aumento della domanda da parte di tutti coloro che potevano vantare un diritto alla salute fino a poco prima negato.

Bensì, era innegabile l'apertura che coraggiosamente veniva presa da parte dello Stato ribadita nella L.833/78.

L'universalità del sistema, o per meglio dire "della copertura assicurativa"[100], corrisponde al riconoscere accessibile ad ogni cittadino la possibilità di accedere al complesso del SSN.

[98] E. JORIO *Op. ult. cit.*, p.27.
[99] F. TOTH, *Op. ult. cit.*, p.39-42.
[100] F. TOTH, *Op. ult. cit.*, p.36.

Ma ciò non basta, il SSN è dotato, altresì, di una apertura maggiore, poiché tale possibilità di accesso libero e, se non in casi particolari e ben definiti, gratuito, non è limitato ai cittadini, bensì anche agli stranieri legalmente residenti sul territorio, sia che si tratti di cittadini dell'Unione Europea sia che si tratti di soggetti stranieri, non cittadini dell'UE.

Proprio a tal riguardo, la legge 6 marzo 1998, n.40, la così detta 'legge Turco-Napolitano', disciplina l'immigrazione e la condizione dello straniero nel territorio italiano.

In particolare gli artt. 32 e 33 della stessa definiscono le regole circa la condizione dello straniero e dell'accesso al SSN.

Non andando troppo in profondità circa l'interessante studio della stessa, ciò che rileva maggiormente ai fini di tale studio è che agli stranieri sia legalmente residenti che non, nonostante le differenze specifiche, è consentito l'accesso al SSN, una volta iscrittivisi, a parità di trattamento con gli italiani, sia circa le prestazioni che circa la gratuità[101]delle stesse.

Grazie allo studio di queste disposizioni, riguardanti l'accesso al complesso di elementi che costituiscono il SSN, così come definito nell'art.1 della L.833/78, si può comprendere a fondo la portata del principio dell'universalità del sistema, e si può anche affermare che, volendo prendere in considerazione lo stato attuativo dello stesso, in effetti il SSN italiano vanta un'apertura delle prestazioni realmente universalistica, ovverosia possibile a tutti, in quanto il diritto alla salute di ciascuno va tutelato.

3.1.2. L'*uguaglianza* di trattamento

L'uguaglianza di trattamento affonda la sua ragion d'esistere nella Costituzione e costituisce una manifestazione dei principi costituzionali in ambito sanitario d'importanza assoluta.

Per poterlo comprendere, di fatti, occorre riprendere i fondamentali articoli 3 e 32 della Costituzione, dove il primo sancisce, come principio fondamentale, il ruolo preminente della Repubblica nel "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana"[102], mentre il secondo riporta tale pilastro costituzionale nel diritto alla salute, riconoscendo "ad ogni individuo il diritto pubblico soggettivo di poter godere dell'azione salutare pubblica"[103].

[101] Solamente gli stranieri non in possesso di una carta di soggiorno sono previsti di pagare i servizi ricevuti, ferme restando le tariffe applicabili anche agli italiani. Bensì, agli stessa è concessa la possibilità di compiere un'autocertificazione nella quale, ai sensi del IV comma dell'art.33, dichiarano il loro stato di indigenza, per cui, nel rispetto della Costituzione, sono esonerati dalle spese, "fatte salve le quote di partecipazione alla spesa a parita' con i cittadini italiani".
[102]Art.3, II comma, Costituzione.
[103] E. JORIO *Op. ult. cit.*, p.27.

Sulla base di tale base giuridica solidissima la L.833/78 specifica ancor meglio quanto evincibile dalla Costituzione stessa.

Più nello specifico la suddetta legge, nel III comma dell'art.1 già riportato, sancisce esplicitamente che il SSN svolge, e si compone, di quelle attività destinate a tutta la popolazione "senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'uguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio".
Appare dunque chiara la connessione e la condivisione di vedute che caratterizzano le disposizioni costituzionali.
Ma l'importanza, e la portata, di tale principio non si evince solamente da questa disposizione specifica, poiché ovviamente lo stesso permea l'intera disciplina, ma trova un'ulteriore attuazione nell'articolo direttamente successivo, l'art.2 della L.833/78 che, nell'elencare gli obiettivi del SSN, include anche quello, ed è il primo della lista, di superare gli "squilibri territoriali nelle condizioni socio-sanitarie del Paese"[104].
Proprio quest'ultimo elemento offre uno spunto importante per una breve riflessione che permette di trattare le due caratteristiche che Jorio include tra i principi del SSN.
Si tratta dell'*uniformità* delle prestazioni offerte, oltre che della *socialità* dell'intervento sanitario.
Circa la prima caratteristica, essa risulta essere un corollario imprescindibile del concetto di *uguaglianza* delle prestazioni.
L'*uniformità* delle prestazioni prevede che sull'intero territorio in cui arriva ed è in funzione il Sistema Sanitario Nazionale devono essere garantite prestazioni uniformi a tutta la popolazione, prestazioni che non differiscono così da causare o aggravare disparità preesistenti circa la possibilità di riceverle e quindi, disparità nella soddisfazione della pretesa legittima al ricevere L'*uniformità* delle prestazioni prevede che sull'intero territorio in cui arriva ed è in funzione il Sistema Sanitario Nazionale devono essere garantite prestazioni uniformi a tutta la popolazione, vale a dire che la tipologia, qualità ed accessibilità delle prestazioni non deve differire tra i diversi luoghi del territorio, tra i vari componenti del SSN, così da causare disuguaglianze, o aggravarne delle preesistenti, che minano l'uniforme soddisfazione della pretesa costituzionalmente tutelata del diritto a ricevere le cure mediche.
Infine, l'altra caratteristica da passare in rassegna è costituita dalla *socialità* dell'intervento sanitario.
Anch'essa è desumibile, come la precedente, dagli obiettivi di cui all'art.2 oltre che dallo stesso art.1, IV comma.
Cominciando da quest'ultimo, che permette un'introduzione circa il significato di tale caratteristica in esame, esso afferma che "nel servizio sanitario è assicurato il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività".

[104]Art.2, II comma lett. *a)*, L.833/78.

Questo costituisce, altresì, la base per ciò che altri hanno definito "integrazione socio-sanitaria"[105].

Oltre a quanto detto, è necessario arricchire lo studio prendendo in considerazione l'art.2 della L..833/78, nel suo primo comma ai punti 1) e 2), dove stabilisce, circa le modalità per realizzare i fini di assicurare la tutela dalla salute di cui all'art.1, "la formazione di una moderna coscienza sanitaria sulla base di un'adeguata educazione sanitaria del cittadino e della comunità" e "la prevenzione delle malattie e degli infortuni in ogni ambito di vita e di lavoro".

Proprio quest'ultima disposizione costituisce il cuore pulsante di ciò che Jorio sigilla nella definizione "*socialità* dell'intervento sanitario".

S'intende non solo, quindi, intervenire sulla salute nella sua definizione più statica e monotematica, bensì includerla in una visione olistica della stessa e dinamica dell'individuo, che non è scisso da tutto ciò compone la sua vita sociale, in cui il suo stato di salute influisce nel modo in cui lo stesso può intervenire nella vita, interagire nei suoi rapporti e realizzare la sua identità[106].

Più precisamente, il SSN, non viene definito, solamente, come il complesso delle attività per il recupero o il mantenimento della salute, bensì viene caricato di finalità prettamente sociali, nel senso di creare, anche sulla base dei principi prima definiti, una unione del tessuto sociale, un'uguaglianza dello stesso e, in ultima istanza, un'unione della collettività.

Per dirla con le parole dello stesso Jorio "una socialità infine da realizzarsi, non solo per il tramite della cura delle malattie, ma anche attraverso il rinvio allo stesso Servizio sanitario nazionale della prevenzione e del controllo degli eventi morbosi, nell'interesse dell'individuo singolo e della collettività organizzata e, dunque, dello Stato"[107].

3.1.3 L'*unicità* dell'amministrazione

Questo principio, fondante il nuovo Sistema Sanitario Nazionale, permette di procedere verso uno studio più specifico del sistema che si andava a costituire.

Di fatti, l'*unicità* dell'amministrazione coinvolge esattamente l'assetto organizzativo del SSN, e definisce i ruoli che i vari agenti statali, di ogni livello ed ordine, ricoprono.

Per comprendere meglio quanto verrà detto, può essere d'aiuto ripercorrere brevemente il processo evolutivo del sistema sanitario italiano nel suo passaggio dall'organizzazione mutualistica al SSN.

---

[105] Rimando per uno studio più approfondito, data l'importanza della materia, a quanto scrive A. PIOGGIA nel suo testo D*iritto sanitario e dei servizi sociali.*

[106] Il richiamo qui è al II comma dell'art.3 Cost. ove richiede alla Repubblica di rimuovere quegli ostacoli che "impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Perciò si scioglie anche il nodo circa il rapporto di tale ultima caratteristica con il principio di *uguaglianza* delle prestazioni e con, altresì, l'art.3 appena citato.

[107] E. JORIO *Op. ult. cit.*, p.27.

Durante la vigenza del sistema fondato dalla L.138/43, dell'assicurazione obbligatoria, ogni assistito faceva riferimento alla propria Mutua circa gli aspetti economici delle prestazioni, oltre che per ricevere l'assistenza sanitaria stessa.
Di conseguenza il sistema, come già detto, e ciò costituì anche una aspetto critico del sistema a lungo andare, era composto da una molteplicità di Mutue, frammentando così l'organizzazione[108].
La L.833/78, invece, opta per un nuovo sistema, appunto, basato sull'*unicità* della gestione, ove la stessa fa capo allo Stato in tutte le sue articolazioni.

La disposizione che stabilisce tale principio è il secondo capoverso del III comma dell'art.1, già visto. Esso stabilisce che "L'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini", per cui, nonostante la successiva dislocazione delle competenze specifiche di ciascun ente, lo Stato si assume la responsabilità di gestione ed, in principio, d'erogazione delle prestazioni sanitarie.
E questo è l'elemento innovativo ed importante del nuovo Sistema Sanitario, decisamente diverso da quanto visto nei sistemi precedenti, dove lo Stato, nonostante dei minimi interventi non aveva mai assunto la gestione intera dei servizi sanitari.
A ciò si aggiunga anche quanto riporta l'ultimo comma dell'art.1, "le associazioni di volontariato possono concorrere ai fini istituzionali del servizio sanitario nazionale nei modi e nelle forme stabiliti dalla presente legge".
Tale disposizione finale è da legare alle lettere finali del capoverso precedente, dove si garantisce la partecipazione dei cittadini al Sistema.
Queste due, lette congiuntamente, permettono di prendere in considerazione l'elemento che Toth definisce, "controllo *democratico*" del sistema.
Le due disposizioni appena citate sono solamente una delle manifestazioni più esplicite di tale meccanismo di funzionamento del sistema.
I cittadini, hanno la possibilità di influenzare, non in maniera totale, il Sistema Sanitario, "non solo in quanto fruitori ma soprattutto in quanto finanziatori del servizio sanitario"[109], che come si vedrà è basato sull'*equità* del finanziamento, che in maniera del tutto nuova rispetto al passato, si finanzia con gli oneri contributivi di ciascun cittadino.
Questa premessa per affermare e riconoscere su cosa si fondasse tale *democraticità* del sistema.
Ciò non prevede alcun diritto di gestione in merito alle finanze del sistema, bensì, i cittadini hanno la possibilità di influenzare la gestione determinando i soggetti che possono essere incaricati di tali competenze.

[108] Non a caso, quando le casse Mutue vennero estinte se contarono più di 300.
[109] F. TOTH, *La sanità in Italia*, p.41, Bologna, Il Mulino, 2014.

Di fatti, facendo un esempio anticipando la sua trattazione, la L.833/78 prevede che gli obiettivi della programmazione sanitaria nazionale vengano definiti dallo stato, con il concorso delle Regioni, e che "Le linee generali di indirizzo e le modalità di svolgimento delle attività istituzionali del Servizio sanitario nazionale sono stabilite con il piano sanitario nazionale"[110]. Inoltre, " Il piano sanitario nazionale viene predisposto dal Governo su proposta del Ministro della sanità, sentito il Consiglio sanitario nazionale .

Il piano sanitario nazionale è sottoposto dal Governo al Parlamento ai fini della sua approvazione con atto non legislativo"[111].

Questa modalità per definire la programmazione sanitaria, che vengono suggellate nel Piano Sanitario Nazionale, prevedono un intervento, anche se non legislativo, del Parlamento, trattenendo nei confini della *democraticità* il funzionamento dello stesso.

I cittadini, tramite il loro voto, possono eleggere i rappresentati delle loro idee politiche, sociali ed economiche che peseranno, dando voce ai loro interessi, in fase di determinazione della programmazione sanitaria, assicurando quindi un indiretta partecipazione dei cittadini.

Di nuovo, come detto per quei principi così definiti da Jorio, quanto appena chiarito circa il carattere *democratico* del SSN, sembrerebbe più opportuno annoverarlo tra le caratteristiche del suo funzionamento che come principio vero e proprio, nonostante, date le riforme che il SSN ha subito nel corso del tempo, esso risulterà visibile sotto forme diverse.

3.1.4 La *globalità* delle prestazioni

Anche tale principio, fondante il SSN, riguarda principalmente gli aspetti più organizzativi dello stesso, andando a legarsi anche a tutti quei principi di cui abbiamo già parlato, che come occorre sottolineare, compongono il SSN, di conseguenza vanno intesi in una maniera globale e non possono, evidentemente, essere scissi gli uni dagli altri.

La *globalità* delle prestazioni, in particolare, è strettamente legato, come principio, a quello dell'*uniformità*, per esempio, dato che il secondo deve sussistere in relazione al primo.

Riguardo quest'ultimo, è possibile chiamare in soccorso delle disposizioni contenute nella L.833/78 per comprendere meglio.

In particolare, alcune contenute nei primi articoli della stessa legge si è capito possedere gli aspetti generali e fondamentali del nuovo sistema.

Più nello specifico, occorre prendere in considerazioni l'art. 2 dove elenca, come già visto, le modalità per raggiungere le finalità dell'articolo precedente.

[110] Art.53 L.833/78, I comma.
[111] Art.53 L.833/78, II-III comma.

La lista che esso riporta è lunga e sterile sarebbe la sua trattazione pedissequa, bensì alcune voci sono rilevanti, in particolare se poi messe in relazioni con successive disposizioni riguardanti altri aspetti, a questo fine, rilevanti del SSN.

Nella lista appena citata si nota, ad una sua prima lettura, l'inclusione di strategie operative che il SSN assume come fondanti per raggiungere i suoi obiettivi, e queste sono diverse, vale a dire che riguardano sia la salute *stricto sensu*, che invece aspetti della vita di ciascuno, che sulla salute possono produrre effetti anche indirettamente.

Ci si riferisce, ad esempio, " la promozione e la salvaguardia della salubrità e dell'igiene dell'ambiente naturale di vita e di lavoro"[112]o, ancora, "l'igiene degli alimenti, delle bevande"[113]. Ma, nondimeno, altri ambiti in cui opera il SSN, con le finalità di raggiungere obiettivi di tutela della salute individuale e della collettività, sono per esempio quello scientifico circa lo studio di nuovi farmaci, con il vincolo "dell'informazione scientifica sugli stessi diretta ad assicurare l'efficacia terapeutica, la non nocività e la economicità del prodotto"[114], oltre che studiare terapie nuove ed occuparsi della ricerca scientifica in generale.

Proprio in merito a tale ultimo aspetto, non a caso è previsto che il SSN, nei suoi presidi ospedalieri, possa contare sull'unione e collaborazione degli stessi con le università, e allo stesso modo di come quest'ultime sono disciplinate, l'art. 40 della L.833/78, prevede che "convenzioni analoghe a quelle previste per le cliniche universitarie, […], potranno essere stipulate tra le regioni e gli enti di ricerca i cui organi svolgano attività finalizzata agli obiettivi del servizio sanitario nazionale".

Il SSN, quindi, esorbita dalla mera, ma centrale, erogazione di prestazioni sanitarie.

Esso mira e ambisce di raggiungere con i vari enti statali decentrati nel territorio dello Stato numerosi fattori che sono in stretta dipendenza con la tutela, salvaguardia e garanzia della salute.

E proprio tale aspetto costituisce un punto di forza dello stesso, rendendolo unico, oltre che efficace in quanto la popolazione italiana, di fatti, gode di una salute eccellente rispetto a molti paesi sviluppati.

Volendo chiarire ancora meglio, tuttavia, cosa s'intende per *globalità* delle prestazioni, essa riguarda anche le stesse prestazioni sanitarie stesse.

Il SSN non viene, invero, istituito prevedendo dei limiti prestazionali.

Il SSN effettivamente garantisce ai cittadini le prestazioni necessarie e di vario tipo, da quelle di medicina generale, a quelle più specialistiche, ambulatoriali.

Nondimeno, garantisce anche prestazioni chirurgiche, di chirurgia plastica per la precisione, se necessarie e conseguenti a lesioni riportate a causa di incidenti.

[112] Art.2 L.833/78, I comma, n. 5).
[113] Art.2 L.833/78, I comma, n.6).
[114] Art.2 L.833/78, I comma, n.7).

Dunque, non sono annoverate tra quelle che saranno garantite dal SSN, gratuitamente, le prestazioni che il cittadino privatamente può richiedere e che non sono ritenute come essenziali, e tale termine giocherà un ruolo importante nel futuro del SSN.
Per poter comprendere meglio quanto si sta delineando in via di principio, è opportuno scorrere la lista delle competenze delle, così dette, Unita Sanitare Locali (USL), art.14 della L.833/78, che costituiscono il centro territoriale, dislocato, del SSN.
Esse sono per l'appunto incaricate di svolgere tutte quelle attività sanitarie specifiche e non, che vanno dall'educazione sanitaria, all'assistenza medico-generica ed infermieristica, domiciliare ed ambulatoriale; quella medico-specialistica; quella farmaceutica ed anche quella psichica.

Riprendendo quanto detto inizialmente circa l'interrelazione di tutti i principi sinora trattati, è evidente come il diritto costituzionale alla salute venga davvero rispettato e, l'obbligo costituzionale assunto dalla repubblica sia assolto, se tutti questi principi vengono rispettati. Tutti compongono il SSN, che è il mezzo tramite il quale lo Stato decide di assolvere al suo compito, ma se uno di questi viene applicato, o garantito, meno degli altri, il diritto alla salute è compromesso, in buona parte.
Se lo Stato garantisce la *globalità* delle prestazioni, ma non in maniera *uniforme* nel territorio, perché alcuni hanno accesso più facilitato rispetto ad altri, o viceversa, tutti possono accedere ma, poiché non fornite, non a tutte le prestazioni possibili, allora il diritto alla salute viene leso, poiché alcuni, se non tutti, i principi, che ne sono una manifestazione, non vengono rispettati.

Questo aspetto, che pone lo Stato al centro del sistema, che prevede la tutela *universalistica* ed *equale* del diritto alla salute di tutti, è il cuore del nuovo sistema, e le vene che portano linfa, non a caso vitale, sono gli enti territoriali dello Stato, verso i quali sono delegate o attribuite competenze per far continuare a battere questo cuore, che finché pulsa garantisce il raggiungimento degli obiettivi di tutela e salvaguardia del diritto di cui all'art. 32 Cost.

3.1.5 La struttura amministrativa del nuovo SSN

Una volta conclusa la trattazione di tali principi, atti a costituire la base che sorregge e definisce la struttura del nuovo SSN, si può, di fatti, passare ad illustrare che tipo di sistema la L.833/78 aveva costituito.
Bisogna, in pratica, passare a vedere come le dichiarazioni di principio contenute nei primi articoli avevano, nella realtà, trovato una collocazione.

Innanzitutto partire dal ruolo dello Stato all'interno di tale sistema, perché, come già detto, la grande novità della L.833/78 è identificabile nell'assunzione da parte dello Stato di competenze circa la tutela del diritto alla salute, in una maniera, inoltre, come mai prima di allora, nel senso che lo stesso andava, da quel momento, a farsi primo garante, nelle forme che si vedranno, della tutela della salute, e di ciò che intorno vi orbita.

Le competenze dello Stato sono elencate, in una lista chiusa e completa, nell'art.6 della L.833/78.

La lista di competenze attribuite alla macchina statale sono varie, il legislatore nondimeno ha scomodato tutte le lettere dell'alfabeto per elencare le stesse, e ciò in piena coerenza con quanto detto poc'anzi circa la *globalità* delle prestazioni sanitarie, nel senso che esse riguardano vari ambiti disciplinari, dai prodotti farmaceutici, agli alimenti, ai servizi sanitari militari, ai prodotti industriali.

Tuttavia questi aspetti permettono di trarre una conclusione importante, quella che lo Stato sembra volersi riservare competenze che richiedono, come in accordo con un ipotetico *principio di sussidiarietà*, una struttura come quella statale per potere essere assolte.

Tra le competenze, rimando in quest'ordine di idee, che lo Stato si va ad attribuire vi è, prima di tutto, la pianificazione sanitaria nazionale, come già visto, tra l'altro, nell'art.3 della legge.

Lo Stato, considerando gli enti che lo compongono, e gli strumenti che possiede, assumeva tale competenza perché, nel momento di dover definire una programmazione sanitaria, sembra essere il miglior processore e sintetizzatore degli interessi in gioco, da ponderare, per poter concretizzare quello che la legge definisce 'Piano sanitario nazionale'.

Parallelamente alla competenza di pianificare lo Stato è anche competente per quanto riguarda il finanziamento del sistema sanitario, che, come detto da Toth, è basato sull'*equità* di finanziamento, nel senso che lo stesso sarà costituito dalla partecipazione *equa*, non uguale, di tutti i cittadini, tramite la fiscalità generale[115].

Queste due competenze dello Stato sono strettamente legate poiché, e nel proseguo si vedrà meglio, la programmazione sanitaria deve sempre essere misurata sulla base della programmazione economica, durante la quale le risorse, chiaramente non illimitate dello Stato, devono essere comunque sufficienti ad assicurare le prestazioni sanitarie minime, che poi verranno invece definite come 'essenziali'.

Questi i due aspetti di competenza statale di maggior rilevanza, a ciò segue poi una struttura più decentralizzata, in cui alcune competenze sono attribuite ad enti più vicini al territorio per ragioni funzionali di gestione, e si tratta delle Regioni e degli enti locali.

Le Regioni, dal canto loro, sono state dotate del potere legislativo, oltre che delegate di alcune delle competenze statali di cui all'art.6, "in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato"[116].

Le Regioni sono il vertice territoriale a cui lo Stato attribuisce il potere legislativo per disciplinare concretamente un aspetto fondamentale del sistema sanitario, vale a dire l'assistenza.

Su questo si è in piena conformità con le intenzioni dapprima codificate nella L.132/68, la c.d. riforma ospedaliera e dell'assistenza ospedaliera.

---

[115] Va anche detto che nel momento di costituzione del SSN, una volta estinte le varie mutue, i loro patrimoni furono destinati per finanziare il neonato SSN.

[116] Art.11 L.833/78, I comma.

Assistenza che verrà poi realizzata tramite le USL, di fatti l'art.10 stabilisce che la "gestione unitaria della tutela della salute si provvede in modo uniforme sull'intero territorio nazionale mediante una rete completa di unità sanitarie locali".

Da notare come anche qui ritorni il concetto di *uniformità* delle prestazioni sanitarie, per cui esse devono essere assicurate a tutti cittadini indipendentemente da fattori territoriali, sociali, economici o personali.

Ecco quindi la struttura del nuovo sistema, poteri centrali allo Stato che, data la loro natura, sembra essere il livello organizzativo meglio predisposto per raggiungere gli obiettivi prefissati. Successivamente vi sono le Regioni, che invece, data la loro capacità, rispetto allo Stato, di soddisfare le richieste e gli interessi dei cittadini, e conoscenza del territorio, legiferano nella materia di assistenza medica, individuando, ad esempio, le strutture ospedaliere, concludono accordi con le università, così come si occupano dell'accreditamento di enti privati all'interno di quello che si delinea come un vero e proprio sistema sanitario regionale, data la sua composizione ed uniformità territoriale.

Proprio in merito a tale ultimo aspetto, è necessario definire brevemente cosa si intenda per USL. La definizione ci è fornita dall'art.10, nel II comma quando scrive:

"L'unità sanitaria locale è il complesso dei presidi, degli uffici e dei servizi dei comuni, singoli o associati, e delle comunità montane i quali in un ambito territoriale determinato assolvono ai compiti del servizio sanitario nazionale di cui alla presente legge.

Sulla base dei criteri stabiliti con legge regionale i comuni, singoli o associati, o le comunità montane articolano le unità sanitarie locali in distretti sanitari di base, quali strutture tecnico-funzionali per l'erogazione dei servizi di primo livello e di pronto intervento"**.**

Le USL risultano essere, dunque, delle vere e proprie appendici dei comuni e delle comunità montante, e ciò lo ribadisce anche l'art. 15 al I comma in cui afferma che "l'unità sanitaria locale, di cui all'articolo 10, secondo comma, della presente legge, è una struttura operativa dei comuni, singoli o associati, e delle comunità montane".

Esse, di nuovo, sono preposte all'erogazione dei servizi sanitari, in particolare di primo livello e pronto intervento.

Ciò esclude, ad ogni modo, che esse possano avere una qualsivoglia personalità giuridica.

Le loro competenze sono elencate nell'art.14, ed oltre a quelle già riportate, bisogna sottolineare la presenza, fra le stesse, di quelle volte a finalità preventive, quali l'educazione sanitaria, e la più generale, "prevenzione individuale e collettiva delle malattie fisiche e psichiche"[117].

Sono, perciò, le USL l'articolazione territoriale del SSN preposte all'erogazione delle prestazioni sanitarie, e lo fanno rispettando criteri dimensionali ben precisi, appositamente descritti dallo stesso art. 14 nel I comma,

[117] Art.14 L.833/78, III comma lett. *c).*

che sono pensati per far in modo di abbracciare una quota di popolazione tale da essere soddisfatta interamente.
Di fatti, "l'ambito territoriale di attività di ciascuna unità sanitaria locale è delimitato in base a gruppi di popolazione di regola compresi tra 50.000 e 200.000 abitanti, tenuto conto delle caratteristiche geomorfologiche e socio-economiche della zona.
Nel caso di aree a popolazione particolarmente concentrata o sparsa e anche al fine di consentire la coincidenza con un territorio comunale adeguato, sono consentiti limiti più elevati o, in casi particolari, più ristretti".
Si cerca sempre di far coincidere la dimensione delle USL con quella dei comuni che sono tornati, si pensi alla riforma crispina in merito alla gestione delle cure per i malati, a rivestire un ruolo strategico circa l'amministrazione dell'erogazione delle prestazioni sanitarie.
Risulta importante il rapporto tra gli enti territoriali e la popolazione, essi sono visti come i collanti fondamentali della catena amministrativa del nuovo SSN.
Tale impostazione organizzativa e di gestione si riflette anche in merito al sistema di finanziamento del SSN, che è descritto dall'art.51 della legge.

Ferme restando le novità introdotte già prima della L.833/78, specificatamente una prima assegnazione alle Regioni delle competenze circa l'amministrazione nel territorio del loro sistema sanitario, pur sempre nei confini delle indicazioni statali, oltre alla costituzione del Fondo Sanitario Nazionale per garantire la spesa statale in materia sanitaria, la L.833/78 crea una struttura più omogenea dove tali novità trovano una collocazione in piena conformità con la visione amministrativa permeante la nuova disciplina.

Lo Stato, come già accennato, detiene competenze in materia di finanziamento e pianificazione del sistema sanitario, e le due appaiono, e sono, più vicine di quanto si pensi.
La pianificazione da parte dello Stato avviene con il 'Piano sanitario nazionale', con il quale lo Stato definisce la spesa del fondo sanitario nazionale.
Questa spesa, che verrà riportata tra le gli stati di previsione di spesa nel bilancio annuale dello Stato, verrà poi suddivisa e ripartita tra le varie Regioni, incluse quelle a statuto speciale, con delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), "su proposta del Ministro della sanità, sentito il Consiglio sanitario nazionale, tenuto conto delle indicazioni contenute nei piani sanitari nazionali e regionali e sulla base di indici e di standards distintamente definiti per la spesa corrente e per la spesa in conto capitale"[118].
Si badi bene che anche in questo momento di divisione delle risorse, la legge chiede che gli standards per la divisone delle stesse siano in conformità con le indicazioni di cui all'art. 3 II comma, vale dire che "devono

[118] Art.51 L.833/78, II comma.

tendere a garantire i livelli di prestazioni sanitarie in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, eliminando progressivamente le differenze strutturali e di prestazioni tra le regioni"[119].

Appare evidente, di nuovo, la finalità della legge, e del SSN, non meramente preposto a rispondere alla domanda dei cittadini in merito alla richiesta di prestazioni sanitarie, bensì inteso come apparato dello Stato, e di tutti i suoi enti, volti a raggiungere i migliori obiettivi di eguaglianza sociale, di cui all'art.3 Cost.

Una volta avvenuta la divisione, su delibera del CIPE, le Regioni, sentiti i Comuni, "provvedono a ripartire tra le unità sanitarie locali la quota loro assegnata per il finanziamento delle spese correnti, riservandone un'aliquota non superiore al 5 per cento per interventi imprevisti.

Tali parametri devono garantire gradualmente livelli di prestazioni uniformi nell'intero territorio regionale"[120].

Il sistema, come già visto circa la divisione delle competenze, ed anche per fungere da perfetto corollario dello stesso, prevede livelli diversi per ambito territoriale di gestione, dove il più alto, quello statale, ha compiti di programmazione, coordinamento e finanziamento del SSN, perciò escludendo, salvo i casi di competenze non delegate alle Regioni, alcun potere di diretto intervento circa erogazione dei servizi.

I livelli inferiori invece sono dotatati, grazie anche alle risorse, divise e assegnate, dall'alto, di poteri tecnico-amministrativi, di fatti, le Regioni svolgono sia delle funzioni di programmazione ed allocazione risorse vero le USL che come visto si cerca di far coincidere con i Comuni, sia funzioni tecniche circa l'individuazione degli enti che poi erogheranno le prestazioni sanitarie.

I comuni, infine, si occuperanno di quest'ultimo specifico settore, dell'erogazione, tramite USL, delle prestazioni sanitarie in favore dei cittadini.

Vista l'organizzazione interna del SSN, occorre anche dare uno sguardo a quella che può essere definita come la sua dimensione esterna.

Non sarà sfuggito, di fatti, che la trattazione sin qui operata contempla esclusivamente lo Stato, la macchina pubblica amministrativa nelle sue diverse dimensioni.

Ciò perché la L.833/78 intende creare un Servizio sanitario marcatamente pubblicistico, vale a dire che l'erogazione delle prestazioni fossero principalmente sotto il controllo degli enti pubblici, USL e Regioni, nello specifico.

I soggetti privati mantenevano un ruolo secondario, subordinato alla stipulazione di accordi con le Regioni, così come stabiliva la L.132/68.

La disciplina circa i rapporti con le strutture private è contenuta egli articoli 41, 43 e 44 della legge.

Il primo chiarisce innanzitutto che rimangono vigenti le situazioni di regime giuridico-amministrativo degli istituti, degli enti ecclesiastici e di speciali ospedali che avevano trovato la loro disciplina sulla base delle

[119] Art.51 L.833/78, II comma.
[120] Art.51 L.833/78, V comma.

norme delle leggi precedenti all'istituzione del SSN, in particolare la sopradetta L.132/68 e la Legge 26 novembre 1973 n.817, circa gli enti ecclesiastici.

A ciò l'art.41 aggiunge che i "rapporti delle unità sanitarie locali competenti per territorio con gli istituti […] sono regolati da apposite convenzioni"[121].

L'art.43 si assume invece l'onere di disciplinare la fattispecie di quelli che invece non hanno ottenuto alcuna classificazione sulla base delle discipline precedenti. Esso recita, al secondo comma:

" Gli istituti, enti ed ospedali di cui all'articolo 41, primo comma, che non abbiano ottenuto la classificazione ai sensi della legge 12 febbraio 1968, n. 132 , e le istituzioni a carattere privato che abbiano un ordinamento dei servizi ospedalieri corrispondente a quello degli ospedali gestiti direttamente dalle unità sanitarie locali, possono ottenere dalla regione, su domanda da presentarsi entro i termini stabiliti con legge regionale, che i loro ospedali, a seconda delle caratteristiche tecniche e specialistiche, siano considerati, ai fini dell'erogazione dell'assistenza sanitaria, presidi dell'unità sanitaria locale nel cui territorio sono ubicati, sempre che il piano regionale sanitario preveda i detti presidi. I rapporti dei predetti istituti, enti ed ospedali con le unità sanitarie locali sono regolati da apposite convenzioni".

A tutto ciò è posto un limite dall'art.44, il quale inquadra quanto già detto nella sua lettera:

"Il piano sanitario regionale di cui all'articolo 55 accerta la necessità di convenzionare le istituzioni private di cui all'articolo precedente, tenendo conto prioritariamente di quelle già convenzionate".

Quest'ultimo va, quindi, ad apporre un limite importante alla possibilità di stipulare delle convenzioni con le strutture private, in particolare con quelle il quale regime non era già stato classificato antecedentemente all'istituzione del SSN.
I limiti sono, più precisamente, costituiti dalle necessità che la Regione, di volta in volta, può riconoscere come sussistenti affinché esse vengano stipulate.

Ferma restando la panoramica di tale situazione, si possono prendere in prestito le parole del Consiglio di Stato, in una recente sentenza, ove riconosce la natura di tale rapporto tra pubblico e privato all'interno del SSN, in particolare, coerentemente al fine di queste righe, di dimostrare come "l'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini"[122], vale a dire come lo stesso sia, preminentemente circa l'erogazione delle prestazioni, fondato su una riserva in favore dello Stato.

Il Consiglio di Stato affermava che "secondo la costante giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, nel sistema dell'assistenza sanitaria di cui alla legge n. 833/1978, le convenzioni fra le unità

[121] Art.41 L.833/78, III comma.
[122] Art.1 L.833/78, III comma.

sanitarie locali e le case di cura o le strutture private […] stipulate ai sensi dell'art. 44, hanno natura di contratto di diritto pubblico che danno vita a rapporti qualificabili come concessioni amministrative"[123].
La concessione amministrativa rappresenta l'atto, di natura pubblica, dove meglio è possibile riscontrare la discrezionalità dell'ente pubblico nel disporre, e concedere, una propria competenza.

Proprio in merito alla discrezionalità con cui l'ente pubblico può stipulare una convenzione, nel SSN, le Regioni, gli enti in questione, baseranno la loro decisone su una questione di necessità, e questa assumerà consistenza proprio nell'atto gestionale delle stesse, il 'Piano sanitario regionale'.
Quest'ultimo ha una cadenza triennale e, quando predisposto dalle Regioni, deve uniformarsi chiaramente al Piano sanitario nazionale, principalmente per quanto riguarda la definizione delle risorse attraverso le quali le Regioni possono garantire l'attuazione del sistema.
Il Piano nazionale costituisce, quindi, il limite esterno dell'autonomia regionale circa la gestione del Servizio Sanitario Regionale di sua competenza, costituendo, altresì, un'importante *discrimen* circa la valutazione di necessità di effettuare una concessione pubblica circa l'erogazione delle prestazione sanitarie in favore di un privato.

Privato che risulta, nondimeno, limitato anche circa i requisiti da possedere affinché essa possa avvenire in suo favore.
Di fatti l'art.44 prevede, al II comma lett. *a)* che i privati, in ogni modo, garantiscano comunque prestazioni non inferiori a quelle dei presidi ospedalieri facenti capo alle USL.
Le strutture private, indiscutibilmente, appaiono molto in sudditanza rispetto agli enti pubblici in questa prima fase, e ciò può essere spiegata, velocemente, da alcuni fattori.
Da un lato, la Legge 23 dicembre 1978, n.833 è il frutto di un compromesso politico di varie forze politiche, in particolare del partito comunista e della Democrazia cristiana, che avevano un forte interesse a che la gestione e amministrazione del neonato SSN rimanesse nell'orbita delle competenze dello Stato, anche dato il fatto che esso fosse di fatti un 'esperimento'.
Dall'altro lato, considerando il momento storico, gli anni'70 possono essere ricordati come il periodo delle grandi lotte, e conquiste, sociali, oltre che anni di difficoltà per la politica italiana[124].
Pensando proprio alle conquiste sociali di quel periodo, l'obiettivo era racchiuso nella definizione 'welfare state', con il quale si intendeva che lo Stato potesse gestire ed offrire servizi, in maniera sostanziale ed eguale per tutta la popolazione, garantendone la pubblicità. L'assistenza sanitaria costituisce proprio uno di quei servizi, essenziali e preposti alla tutela di un diritto costituzionale, che il legislatore, come detto si assumeva di gestire ed erogare.

[123] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 05/02/2010, n.813.
[124] Basti pensare a cosa successe nell'anno di promulgazione della legge, il dilagare delle Brigate Rosse, la morte dell'on. Aldo Moro e la reviviscenza degli effetti della crisi petrolifera di pochi anni precedenti.

Proprio questa impostazione, prettamente pubblicistica però si dimostrò un punto di debolezza della riforma costituita dalla L.833/78.
Prendendo come esempio le USL e la loro organizzazione interna, è possibile vedere che, nel sistema volutamente pubblico del SSN, essa era caratterizzata da una commistione eccessiva tra l'ambiente politico e quello che era preposto alla gestione degli attori del SSN.
Illustrando meglio il caso delle USL, l'art.15 disciplina la loro dimensione ed, ad esempio, l'Assemblea generale è composta dalla giunta comunale o dall'assemblea generale dell'associazione dei comuni o delle comunità montane.
Ancora, il comitato di gestione, che è incaricato di compiere gli atti amministrativi delle USL, vede i suoi poteri assegnati alla giunta comunale.

Questa modalità di amministrazione, nonostante si sperasse che nella vicinanza tra settore politico e gestionale non si perdesse tempo in rapporti burocratici eccessivi, ha invece determinato perdite importanti per lo Stato.
Di fatti si crearono rapporti clientelari all'interno dei presidi sotto il controllo delle USL, dove le cariche importanti venivano assegnate con finalità di cambio di voti elettorali dai politici, oltre che non aver funzionato dal punto di vista economico in quanto la spesa è aumentata sempre fino a che si dovette ricorrere ad una riforma successiva, di cui si vedrà il contenuto a breve, per ridurre il disavanzo.

A ciò si aggiunga anche che il contenuto intero della legge, data la sua portata generale e di principio, definibile, pressappoco, come una legge-cornice, aveva causato non poche difficoltà in fase applicativa agli enti locali, in particolare per quanto riguardava materie rientranti nella loro autonomia.
Per esempio le Regioni, di fatti, non emanarono mai i primi Piani sanitari regionali, che tardarono l'applicazione, comunque ormai irrinunciabile, della nuova disciplina[125].

3.2 Le Riforme degli anni 90, verso la regionalizzazione e l'aziendalizzazione del SSN

3.2.1 Il decreto legislativo 502/92

La riforma del Servizio Sanitario Nazionale operata dalla L.833/78, nonostante la nobiltà dei suoi obiettivi e l'importanza del suo contenuto, dalla fine degli anni 80 cominciò a suscitare numerose perplessità in vari ambiti sociali, da quelli politici a quelli istituzionali, in particolare tra i presidenti di Regione che erano insoddisfatti, come detto poc'anzi, della scarsa puntualità della normativa nel disciplinare le proprie competenze.

[125] C'è anche da dire che il primo piano sanitario nazionale, presentato con legge di Stato, data la coriaceità dell'opposizione, tardò ad essere applicato e di conseguenza a dare una struttura ad un sistema che doveva essere messo in moto.

A ciò si aggiunga l'eccessiva spesa sanitaria, aggravata dalla crisi finanziaria che imperversava in quel periodo.

Questa era dovuta, proprio all'impianto organizzativo del sistema, dove veniva accusata un'eccessiva commistione tra classe politica ed amministrazione sanitaria, in cui la prima non era capace di dimensionare la spesa, che diveniva quindi incontrollata, e ciò favorito ed 'aggravato anche dall'assenza di norme che sanzionassero l'amministrazione dissennata dell'apparato pubblico salutare'[126].

Il tutto spinse il legislatore dei primi anni novanta ad emanare una legge delega, la legge 23 ottobre 1992, n. 421 'per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità'.

Prima di entrare nello specifico dell'analisi di quella che fu la riforma che investì il Servizio Sanitario, occorre anticipare che la stessa non avvenne in un unico atto del Governo dell'epoca, bensì questa, con alcune rivisitazioni e correzioni, ebbe luogo nel corso di tutti gli anni 90, che possono essere definiti come un periodo di grande volontà riformistica.

Di fatti, durante tutto il corso del decennio, possono essere registrati numerosi interventi legislativi che, anche investendo materie ogni volta diverse, facevano parte di uno stesso disegno riformatore.

Esso aveva come minimo comune denominatore proprio la volontà, da un lato di trasferire competenze statali verso Regioni ed enti locali[127], dall'altro quella di favorire maggiore rilevanza ai soggetti privati in tutta una serie di attività che non venivano viste come essenziali e quindi non più destinate ad essere esclusivamente competenze pubbliche.

Per quanto, invece, attiene alla riforma sanitaria un primo fondamentale momento è costituito dai decreti legislativi attuativi della delega della L.421/92, vale a dire il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n.502 ed il decreto legislativo 7 dicembre 1993, n.517.

Un secondo momento è invece costituito dal decreto legislativo 19 giugno 1999, n.229, con cui furono corretti gli elementi ancora ambigui dei due decreti delegati precedenti, oltre che rafforzato il sistema nuovo che si profilava sempre dagli stessi.

Dato questo filo di continuità che può essere individuato come comune agli interventi legislativi appena citati, sarà dunque ripercorrendo lo stesso che si tratteranno unitariamente quest'ultimi, andando ad evidenziare, inizialmente, i loro aspetti innovativi principali per poi giungere ad un'analisi specifica degli elementi e degli attori che caratterizzano il SSN.

Con la legge 421/92 il Parlamento delegò il Governo ad operare una razionalizzazione del sistema sanitario, andando ad intraprendere, anche in tale ambito, quel processo riformistico ispirato dall'idea di

[126] E. JORIO *Op. ult. cit.*, p.30.

[127] In particolare, con la legge 15 marzo 1997, n.59, il Parlamento assegnava una delega al Governo 'per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa'. È quindi chiaro il percorso che si stava seguendo in quegli anni, un progressivo trasferimento di competenze dallo Stato ai vari enti territoriali, e la sanità faceva parte di queste.

decentralizzare le competenze e di permettere ai soggetti privati di svolgere funzioni, ed esercitare competenze, che, come si vedrà, nel sistema precedente erano principalmente nelle mani dei soggetti pubblici.

L'art.1 della stessa, interamente dedicato alla materia sanitaria, al I comma si interessa di stabilire gli obiettivi, ed i valori, sui quali il Governo dovrà poi procedere.

Questi, citandoli letteralmente, sono lo 'ottimale e razionale utilizzazione delle risorse destinate al Servizio sanitario nazionale', ed ancora il 'perseguimento della migliore efficienza del medesimo', ed infine il 'contenimento della spesa sanitaria'.

L'obiettivo, per nulla velato, del legislatore è quello di rendere più efficiente la gestione sanitaria e l'utilizzazione delle risorse, ispirandosi, nonostante il sistema fosse preminentemente pubblico, a dei principi che fino a quel momento avevano aderito meglio a forme gestionali di natura privata, dato il taglio economico-finanziario di cui erano caratterizzati.

Il modo, tra gli altri, con cui si voleva raggiungere tale obiettivo è ben enunciato nei punti della legge delega, i quali richiedono:

"c) completare il riordinamento del Servizio sanitario nazionale, attribuendo alle regioni e alle province autonome la competenza in materia di programmazione e organizzazione dell'assistenza sanitaria e riservando allo Stato, in questa materia, la programmazione sanitaria nazionale, la determinazione di livelli uniformi di assistenza sanitaria e delle relative quote capitarie di finanziamento, secondo misure tese al riequilibrio territoriale e strutturale […];

d) definire i principi organizzativi delle unità sanitarie locali come aziende infra-regionali con personalità giuridica, articolate secondo i principi della legge 8 giugno 1990, n. 142, stabilendo comunque che esse abbiano propri organi di gestione e prevedendo un direttore generale e un collegio dei revisori i cui membri […]"[128].

Appare ben chiaro l'intento del legislatore, e le modalità per raggiungerlo.

E proprio nella disposizione appena citata troviamo il contenuto altamente innovativo a cui il Governo darà spazio nel d.lgs. 502/92, fermo restando che quanto appena riportato non esaurisce il numero degli ambiti del sistema precedente che meritano una correzione o una riforma più strutturale.

Ad esempio, meritano una breve menzione anche, la riduzione delle USL, così che le nuove, non avendo più una diretta coincidenza con i Comuni di cui prima facevano parte, abbraccino, una volta divise in distretti, uno spazio territoriale maggiore, così come maggiore sarà il numero dei cittadini soggetti alla loro copertura.

Ma, procedendo per gradi, si cominci con la trattazione dei due punti sopra citati, considerando principalmente il modo in cui incidano sul sistema della L.833/78.

L'art.1 del d.lgs. 502/92 opera una modifica nella definizione del SSN che ci permette di introdurre la disamina sul nuovo ruolo delle Regioni, viste le loro nuove competenze.

[128] Art.1 L.421/92, I comma, lett. c) & d).

Lo stesso stabilisce il SSN 'quale complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti e istituzioni di rilievo nazionale'.

La differenza dalla precedente definizione della L.833/78 è sostanziale, soprattutto perché ora il baricentro del sistema si sposta dalla centralità dello Stato, dislocandosi tra le Regioni e le Provincie autonome di Trento e di Bolzano.

Di fatti, ciò che cambia, e che verrà visto meglio successivamente, è la divisione delle competenze tra lo Stato e le Regioni dove il primo svolgerà 'un ruolo di garante dell'uniformità delle prestazioni e dell'unitarietà dell'intervento salutare'[129], mentre le Regioni assumono nuove competenze, come previsto dall'art.2 del d.lgs.

Le Regioni assumono una maggiore autonomia circa il potere di gestione, all'interno del proprio territorio, del Servizio Sanitario, potendo direttamente disciplinare, sempre nel rispetto dei principi fissati dallo Stato, vari aspetti nei quali si articola il sistema, come ad esempio la determinazione del finanziamento alle USL, così come la loro articolazione nel territorio, oltre che fissare dei principi circa la loro gestione interna.

Si può sommare il tutto riconoscendo che, nel nuovo sistema appena introdotto, le Regioni godono di maggiore discrezione nel momento di stesura e formulazione del Piano Sanitario Regionale[130], in particolare, come appena detto, in ambiti quali la gestione del territorio e delle attività, oltre che degli operatori, nel territorio.

La loro influenza su quest'ultimi investe sia il momento per così dire iniziale, ovvero sia il loro 'riconoscimento' all'interno del SSN, sia momenti successivi della loro esistenza nello stesso sistema, grazie a poteri di controllo circa la corretta gestione delle loro attività, la qualità del sistema ed il suo funzionamento, riassumibile nel grado di soddisfazione dei cittadini.

Anche il modo con cui esordisce l'art.2 del d.lgs. 502/92 è significativo se confrontato con le lettere dell'art.11 della L.833/78.

Il primo afferma che 'Spettano alle regioni e alle province autonome, […], le funzioni legislative ed amministrative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera'.

Appare molto più deciso nel ritenere come tali competenze siano naturalmente spettanti alle Regioni, a differenza di quanto era evincibile dalla disciplina differente la quale affermava che le Regioni 'esercitavano' tali funzioni, come se in effetti giungessero loro dallo Stato.

Perciò, anche più conformemente al dettato dal precedente testo dell'art.117 Cost., le Regioni assumevano le funzioni legislative, proprie, in materia sanitaria.

---

[129] E. JORIO, *Op. ult. cit.*, p.37.

[130] No è un caso l'intervento mirato in tale ambito, di fatti, come in tal sede si è già provato, l'ambiguità della disciplina a riguardo, oltre all'assenza per un periodo del Piano Sanitario Nazionale mai adottato, hanno rallentato e rimandato l'adozione dei Piani da parte delle regioni, rendendo mai operative le misure di coordinamento previste dalla L.833/78 tra i vari livelli territoriali di amministrazione, così da facilitare il dilagare di operazioni disorganizzate che, soprattutto inerentemente alla spesa, hanno causato lacune che pesarono nel giudizio negativo circa il sistema, quindi meritevole di modifiche.

Ovviamente queste modifiche venivano sorrette da un'impalcatura adatta a sorreggerle e farle funzionare, ed in particolare è rilevante parlare in questo caso delle novità riguardanti il sistema del finanziamento.
Esso è disciplinato dagli articoli dal 12 al 13 del decreto e gli aspetti che preme sottolineare sono in piena conformità con la volontà di garantire maggiore autonomia alle Regioni in un'ottica di contenimento anche alla spesa economica.
Di fatti le Regioni hanno possibilità di prelevare direttamente le imposte ed i contributi locali per far fronte alle spese in vista dall'erogazione delle prestazioni sanitarie.
Proprio a tal riguardo l'art.13 rafforza ulteriormente questa impostazione, soddisfacendo anche gl'interessi di controllo della spesa, recando che le Regioni, per quanto attiene alle prestazioni ulteriori ed aggiuntive rispetto a quelle ritenute essenziali dallo Stato, le sosterranno proprio con le proprie risorse, senza quindi poter contare sul Fondo Sanitario Nazionale.

Una volta visto il primo punto che è stato riportato come maggiore novità del decreto, si può passare all'esame dell'altro importane elemento di novità che riguarda le USL e la loro natura.
Al Governo il Parlamento aveva richiesto di dotare questi soggetti, che si era visto essere una sorta di 'appendici dei Comuni', di personalità giuridica in particolare di costituirle in 'aziende infra-regionali con personalità giuridica', oltre che conferirgli una connotazione aziendalistica[131].
Il cambiamento avvenuto per mezzo delle lettere dell'art.3 del d.lgs.502/92, segna un cambiamento importantissimo, perché è con questo che si compie l'introduzione nell'ambito sanitario di una visione economico-gestionale, se non giuspubblicista, in un settore sensibile e cruciale della macchina statale.
Per capire ancora meglio il significato di questo cambiamento, nei commi seguenti dello stesso articolo 3 si era specificato come le USL dovessero possedere non solamente una personalità giuridica, ma anche una 'autonomia imprenditoriale', sempre, il tutto, basato sui principi di efficacia, efficienza ed economicità, oltre che essere tenute al rispetto del vincolo di bilancio.
I principi ispiratori della riforma della Pubblica Amministrazione hanno fatto il loro ingresso anche nell'ambito sanitario, da questo punto di vista, stravolgendo l'assetto, almeno dal punto di vista sostanziale, di quello che era il sistema precedente della L.833/78.
Anticipando quella che sarà la trattazione specifica della composizione delle USL, per comprendere meglio la differenza dalla disciplina precedente, è opportuno però precisare alcuni aspetti di quella introdotta dal decreto legislativo.

[131] Connotazione aziendalistica che troverà la sua espressione nel modo in cui si disarticola l'intera disciplina che riguarda le USL, dalla struttura gerarchica e decisionale, dalla modalità di organizzazione interna, in particolare in dipartimenti, al regime della responsabilità per la mala gestione oltre che al controllo sulla stessa.

In particolare i soggetti componenti delle precedenti USL vengono sostituiti da figure più coerenti con un'impostazione di stampo aziendalistico, in particolare vengono introdotte le figure del Direttore Generale, e del collegio dei revisori.

Il Direttore assume funzioni più ampie per poter gestire l'azienda USL di cui ha la responsabilità, e l'atto di gestione, già previsto, assume un'importanza maggiore dato il maggior numero di aspetti che ora va ad essere regolato dallo stesso.

Di fatti, il Direttore può essere coadiuvato nella gestione e nell'esercizio delle sue funzioni, anche da altri, quali il Direttore amministrativo ed il Direttore sanitario, dallo stesso eletti e per cui sempre il Direttore risponde circa le loro azioni di gestione.

Il collegio dei revisori invece ha una funzione di controllo circa la gestione da parte del Direttore, oltre quella di corretta tenuta della contabilità dell'azienda USL, fondamentale per garantire il rispetto dei vincoli e dei principi su cui l'azione e l'amministrazione delle stesse deve avvenire.

È proprio con queste previsioni che è avvenuto il passaggio verso un sistema più aziendalizzato, dove le modalità di gestione sono largamente ispirate a quelle tipiche dei modelli societari.

Concluso l'esame degli aspetti più importanti ed urgenti da analizzare della nuova disciplina, si può muovere oltre verso altri, per i quali tenere a mente quanto appena detto è importante come premessa per legare con un filo di coerenza la nuova struttura, così da vederla nel suo intero. Ogni modifica, altresì, si potrà inserire nel giusto posto di novità comprendendone meglio la portata.

In questo sistema caratterizzato da nuovi principi rispetto a quello precedente, un aspetto a riguardo si rivela come significativo.

Il rapporto tra le aziende USL, sempre demandate a soddisfare la domanda di salute da parte dei cittadini afferenti al proprio bacino territoriale di competenza, con le aziende ospedaliere ed i presidi ospedalieri, vale a dire, con i soggetti che nello specifico erogano i servizi.

Non sfuggirà che nel sistema della L.833/78 questi erano attinenti alle USL, perché si partiva dal presupposto che non dovesse essere alcuna scissione fra il piano gestionale-amministrativo e quello di erogazione della prestazione.

Con parole più autorevoli si è affermato che con il d.lgs. 502/92 'per la prima volta si separa il concetto di erogazione dal concetto di garanzia della prestazione.

Fino a quel momento […] si è sempre ritenuto che l'unità sanitaria locale dovesse, non soltanto assicurare un servizio, ma dovesse anche gestirlo, erogando direttamente le prestazioni'[132]. L'USL rimane garante dell'uniformità della qualità dell'offerta sanitaria, ma non le compete più, in via esclusiva, la competenza di

[132] C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, in G. CORSO G. PASTORI D. SORACE P.S. RICHTER (collana diretta da),*Studi di diritto delle amministrazioni pubbliche*, p.42, Torino, Giappichelli editore, 2009.

erogare le stesse prestazioni sanitarie, le quali possono ben venire fornite da soggetti privati entrati, in modalità che verranno a breve trattate, entrare a far parte del SSN.

Il sistema creato attraverso il quale le aziende USL possono garantire prestazioni anche da esse non erogate è ben visibile prendendo in considerazione il V comma dell'art.8 del decreto, prima che venisse abrogato dal d.lgs. 229/99, nel quale si stabiliva che le USL garantivano 'prestazioni specialistiche, ivi comprese quelle riabilitative, di diagnostica strumentale e di laboratorio ed ospedaliere', ed 'allo scopo si avvale dei propri presidi, nonché delle aziende e degli istituti ed enti di cui all'art. 4[133], delle istituzioni sanitarie pubbliche, ivi compresi gli ospedali militari, o private, e dei professionisti'.

Appare evidente come le USL possano essere sia produttrici e fornitrici dei servizi sanitari in questione, sia compratrici degli stessi, sempre tenendo a mente i vincoli economici alle quali sono sottoposte.

A tal riguardo, l'art.8 è importante poiché ha il merito di aver introdotto una novità che il Parlamento aveva richiesto al Governo alla lettera *l)* della legge delega, che ci permette di completare l'analisi della novità circa la separazione tra la gestione ed erogazione delle prestazioni.

Nella lettere *l)* della legge delega il Parlamento aveva chiesto al Governo di superare il sistema precedente delle 'convenzioni' tramite le quali lo Stato poteva concedere la possibilità a soggetti privati, detentori di requisiti all'uopo individuati, di erogare le prestazioni equivalenti a quelle del Servizio Sanitario.

Si è anche già visto, nelle pagine precedenti, come anche la giurisprudenza costituzionale interpretasse il regime fino ad allora esistente.

Questo sistema, di cui si chiede il superamento, riguarda altresì l'introduzione di un sistema concorrenziale tra gli operatori, ovvero sia tra aziende e presidi ospedalieri di matrice sia pubblica che privata.

La modalità, tramite la quale i soggetti privati potevano ora assumere la definizione di azienda e presidio ospedaliero, è quella dell'accreditamento che avveniva tramite un'autorizzazione ottenuta dalla Regione.

La definizione di questo nuovo sistema è offerta dal giudice delle leggi: "l'accreditamento è una operazione da parte di una autorità o istituzione (nella specie regione), con la quale si riconosce il possesso da parte di un soggetto o di un organismo di prescritti specifici requisiti (c.d. standard di qualificazione) e si risolve, come nella fattispecie, in iscrizione in elenco, da cui possono attingere per l'utilizzazione, altri soggetti (assistiti-utenti delle prestazioni sanitarie). Viene riconosciuto un "diritto all'accreditamento delle strutture in possesso dei requisiti di cui all'art. 8, comma 4, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e successive modificazioni", escludendo in radice una scelta ampiamente discrezionale ed ancorando l'accreditamento al possesso di requisiti prestabiliti"[134].

Questo nuovo sistema appare indiscutibilmente orientato verso una liberalizzazione del settore sanitario in favore di soggetti, erogatori, privati, che sono posti alla pari di quelli pubblici, tanto che, in caso di prezzi

[133] L'art.4 disciplina le aziende ed i presidi ospedalieri.
[134] Corte Costituzionale, sentenza 21 luglio 1995, n. 416.

più vantaggiosi le USL possono, nei limiti della loro autonomia di spesa, stipulare contratti di fornitura con i primi, perciò creando un sistema di concorrenza nel quale l'unico soggetto a beneficiarne dovrebbe essere il cittadino[135].

Proprio a tal riguardo, riguardo questo nuovo bilanciamento tra pubblico e privato, secondo la regola fisica del gioco delle forze, una forza aumentata da un lato corrisponde ad una diminuzione nell'altro. Ebbene è quanto accade tra pubblico e privato.

Questo punto, appena menzionato nelle righe precedenti merita invece una trattazione più generosa, poiché è la chiave per capire proprio questo passaggio delle forze.

Si è detto che le USL non dovranno coincidere più con i Comuni di appartenenza, e ciò è provato dal fatto che le stesse saranno dotate di personalità giuridica e che non sono più 'il complesso dei presidi […] dei comuni'[136].

I Comuni, sostanzialmente, vengono esautorati da gran parte delle loro competenze, ferma restando la possibilità dagli stessi mantenuta di influenzare la politica sanitaria regionale, in piena coerenza con il principio di sussidiarietà di cui si dirà a breve.

L'intento è chiaro, la classe dirigente del Comune, a capo delle vecchie USL, era per gran parte responsabile della mala gestione delle risorse, oltre che degli scarsi risultati ottenuti.

Tornando al ruolo ed alla situazione giuridica del cittadino, all'interno di questo nuovo sistema in cui viene applicato per la prima volta un modello aziendalistico, circa la gestione dei soggetti chiamati a garantire le prestazioni sanitarie agli stessi, essa occupa l'ultima dissertazione in merito al d.lgs. 502/92.

Sin dalla normativa precedente si erano affermati dei principi su cui il SSN doveva essere basato, da un lato quelli riguardanti il sistema e le prestazioni nello specifico (*universalità*, *uniformità*, *eguaglianza*), dall'altro quelli invece circa il cittadino, che oltre a godere della gratuità delle prestazioni come sancito dalla Costituzione, ha anche il diritto di partecipare alla gestione o formulazione delle politiche sanitarie, oltre ad avere il diritto di scegliere liberamente il medico dal quale preferisce essere assistito.

Questi elementi della disciplina precedente trovano maggiore spazio nel d.lgs. 502/92, per cui le attese ed i valori della L.833/78, non vengono traditi, bensì raffinati, in un sistema che come si è visto è cambiato sostanzialmente.

Come nella disciplina precedente le associazioni di categoria, così come le società non aventi scopo di lucro ma con oggetto la tutela della salute concorrono, con le autonomie locali, alla formulazione del Piano

[135] A tal riguardo occorre anche sottolineare che questi soggetti privati non sono solamente richiesti di possedere requisiti adatti a provare una loro qualità circa la struttura, bensì la disciplina prevede anche un tariffario che funga come limite alla spesa circa il costo delle prestazioni che questi potrebbero offrire ai cittadini e che le USL poi rimborseranno ai primi.

[136] Art.10 L.833/78, II comma.

Sanitario Regionale, che le Regioni disporranno in conformità con il Piano Sanitario Nazionale, sul quale le stesse possono, ad ogni modo, influire in merito al contenuto ed alla stesura[137].

Queste modalità rimangono anche nella nuova disciplina, dunque il cittadino trova ancora una garanzia, benché indiretta, di vedere ascoltate, ed eventualmente accolte, le sue istanze circa i bisogni sanitari.

Oltre a confermare delle previsioni che erano già contenute nella disciplina precedente, nel d.lgs. 502/92 è possibile anche intercettare delle nuove previsione che si pongono in coerenza con il nuovo assetto che si va a delineare nel SSN.

Di fatti si è parlato di un'aziendalizzazione degli operatori del sistema, con una spinta di liberalizzazione ai soggetti privati, ponendoli in una situazione di maggiore equità con gli enti pubblici, aumentando la concorrenza all'interno del sistema, e come anticipato, tutto ciò dovrebbe determinare benefici ai cittadini, in particolare al loro diritto di poter scegliere liberamente da chi farsi assistere.

Ebbene, per poter garantire ciò l'art.14 del decreto dedica una disciplina proprio alla soddisfazione del diritto dei cittadini, non solo di poter scegliere liberamente presso che struttura ottenere le prestazioni, bensì di ricevere un servizio che sia uniforme sul territorio, così che non si generino disuguaglianze tra nessun consociato.

A riguardo si è ritenuto opportuno creare un sistema dove a partire dalle linee guida del Ministero della Sanità vengono individuati 'i contenuti e le modalità di utilizzo degli indicatori di qualità dei servizi e delle prestazioni sanitarie relativamente alla personalizzazione ed umanizzazione dell'assistenza, al diritto all'informazione'.

A questi verrà data attuazione dalle Regioni, le quali 'utilizzano il suddetto sistema di indicatori per la verifica, anche sotto il profilo sociologico, dello stato di attuazione dei diritti dei cittadini, per la programmazione regionale, per la definizione degli investimenti di risorse umane, tecniche e finanziarie'.

Ed ancora, a riprova di quanto appena detto circa la partecipazione dei cittadini che esce rafforzata dalla nuova disciplina, è sempre previsto dall'art.14 che 'le regioni promuovono inoltre consultazioni con i cittadini e le loro organizzazioni anche sindacali ed in particolare con gli organismi di volontariato e di tutela dei diritti al fine di fornire e raccogliere informazioni sull'organizzazione dei servizi'.

Infine sarà il Direttore generale dell'azienda a fare in modo che nello specifico tutte queste indicazioni vengano rispettate ed applicate nella stessa, oltre ad essere sempre questi a monitorare sullo stato di applicazione di questi indicatori di qualità.

[137]È giusto sottolineare che rispetto alla disciplina precedente, ad onore del vero, le Regioni, in completa coerenza con quella che è la tendenza nell'intera nuova disciplina, hanno un'incidenza maggiore circa la formulazione del Piano Sanitario Nazionale, poiché mentre nella normativa precedente si attribuivano la maggior parte dei poteri al Governo, fermo restando il vaglia del Parlamento, ora invece espressamente l'art.1 prevede che le Regioni e le istanze da queste presentate circa la preparazione del Piano Sanitario Nazionale vengano esplicitamente prese in considerazione da parte del Governo quando predispone il Piano, assicurando quindi maggiore rispetto degli interessi sanciti e riportati nelle proposte da quest'ultime proposte.

Ad una maggiore apertura ai soggetti privati come possibili erogatori di prestazioni sanitarie, la quale responsabilità nell'assicurazione di ricevimento delle stesse grava sulle USL, in conformità con i livelli essenziali di assistenza stabiliti a livello centrale dallo Stato, viene contrapposto un sistema di controllo degli stessi, per far sì che venga concretamente rispettato il diritto alla salute dei cittadini.

Questo sistema passa attraverso sia il verificare che tali soggetti posseggano i requisiti per l'accreditamento di cui sopra[138], sia il verificare che essi rispettino gli indicatori di qualità delle prestazioni così come definiti dal Ministro per garantire la soddisfazione dei diritti dei cittadini, tra i quali viene annoverato il diritto all'informazione che funge da corollario a quegli obiettivi fissati dal legislatore della fine degli anni '70 all'art.2 della L.833/78.

Si tratta dell'obiettivo, da perseguire tramite il SSN, di svolgere un'educazione sanitaria dei cittadini, che si realizza anche tramite il garantire le informazioni per il libero e consapevole accesso alle prestazioni offerte.

Appare chiaro che una lacuna nell'informazione pregiudicherebbe anche l'applicazione del diritto alla salute, poiché, tuttavia non è questo il fine della ricerca, la mancanza di conoscenza in merito alle prestazioni, le loro tariffe così come la modalità al loro accesso pregiudica la possibilità di ottenerle.

È un esempio la situazione delle donne straniere, in particolare migranti, che anche, e soprattutto, a causa della mancanza di conoscenza della lingua italiana non sono messe nella condizione di vedere rispettato il diritto ad esser curate che alle stesse spetta.

Inoltre una corretta educazione sanitaria dei cittadini è un vantaggio comune in quanto, considerando l'accezione del diritto alla salute come interesse della collettività, essa educazione supporterebbe comportamenti più coscienziosi da parte dei consociati nel pieno rispetto degli altri e delle loro necessità[139].

Terminata l'analisi in merito agli aspetti di novità del d.lgs. 502/92, si può concludere la trattazione circa il filone di riforma avvenuto negli anni 90 prendendo in considerazione gli aspetti salienti dei successivi interventi del legislatore.

3.2.2 Il decreto legislativo 229/99

Durante tutti gli anni 90 prende corpo un periodo di intenti riformistici che verso la fine del decennio registrano due principali interventi del legislatore.

Si tratta di due leggi deleghe, la legge 15 marzo 1997, n.59 recante la 'delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la

[138] Le Regioni verificheranno nel tempo che tali *standard* per l'accreditamento vengano mantenuti da parte dei soggetti privati.

[139] Il riferimento in particolare è a quei movimenti che soprattutto negli ultimi anni hanno preso piede, anche legittimamente. Per esempio la campagna, sostenuta anche da esponenti della classe dirigente, in merito ai vaccini, in particolare circa una loro dannosità per la persona; così come le campagne infamatorie circa una delle prestazioni sanitarie più combattute ed ostentate, quale l'aborto o la fecondazione medicalmente assistita.

semplificazione amministrativa'[140] e la legge 30 novembre 1998, n.419, recante invece la 'delega al governo per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale e per l'adozione di un testo unico in materia di organizzazione e funzionamento del Servizio sanitario nazionale'.

Quest'ultima verrà attuata con il così detto Decreto *Bindi*, vale a dire il decreto legislativo 19 giugno 1999, n.229.

Prima di procedere alla sua disamina, tuttavia, merita giusto un breve commento il paragone tra i due decreti che, come altri hanno riconosciuto, 'parlano sostanzialmente due linguaggi diversi'[141].

Di fatti il primo intervento, come sempre il Bottari suggerisce e rileva, fa parte di un progetto organico e ben strutturato, che 'a Costituzione invariata' mira a ridisegnare il riparto delle competenze tra Stato e Regioni, anticipando altresì quella che a breve prenderà luce, la riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione. Questo intervento ovviamente investirà anche la sanità, anzi essa è oggetto del Titolo IV del decreto, in particolare il capo I che concerne espressamente la materia sanità.

Il d.lgs. 229/99 invece può essere inserito nell'ottica di un intervento mirato, di un'azione specifica da compiere, dove in particolare, l'adozione di un testo unico corrisponde ad un'esigenza di chiarezza e semplicità, completamente coerente con i fini propri anche dell'intervento di cui si è appena parlato, che si manifestava successivamente ai due decreti delegato assunti sulla base della prima legge delega del 1992, i d.lgs. 502/92 e 517/93.

Il decreto *Bindi* va a rafforzare il sistema proposto dai primi due decreti del decennio, andando ad insistere in particolare sugli aspetti aziendalistici delle USL, le quali acquisiscono definitivamente la natura di azienda dotata di personalità giuridica pubblica, ed autonomia imprenditoriale.

La sua struttura interna è anche oggetto di rivisitazione, in particolare il Collegio dei Revisori viene sostituito dal Collegio sindacale il quale ancora svolge funzioni di controllo sulla regolare tenuta della contabilità e di conformità con quelli che sono i vincoli di bilancio a cui le USL stesse sono sottoposte.

Inoltre quest'ultime, sempre in forza delle modifiche del decreto, vengono divise in 'distretti', che ai sensi dell'art.3-*quinquies* introdotto dal d.lgs. 229/99 devono garantire:

"a) assistenza specialistica ambulatoriale;

b) attivita' o servizi per la prevenzione e la cura delle tossicodipendenze;

c) attivita' o servizi consultoriali per la tutela della salute dell'infanzia, della donna e della famiglia;

d) attivita' o servizi rivolti a disabili ed anziani;

e) attivita' o servizi di assistenza domiciliare integrata;

f) attivita' o servizi per le patologie da HIV e per le patologie in fase terminale".

[140] Il Governo ottempererà ai suoi compiti con l'emanazione del decreto legislativo 31 marzo 1998, n.112.

[141] C. BOTTARI, *op. ult. cit.*, p.51.

Il ‘distretto’ verrà individuato dalla Regione e servirà a coprire un area territoriale ben ristretta, garantendo così ad una porzione di cittadini ben individuata l’erogazione delle assistenze sanitarie appena riportate.

Quanto appena detto ci permette di svolgere una riflessione di principio in merito al decreto *Bindi* ed al suo contenuto, leggendolo, più organicamente, in congiunzione con l’altro decreto attuativo della L.59/97.

Si profila, di fatti, in quegli anni, una tendenza, proveniente anche dalle politiche dell’allora Comunità Europea, di decentrare le zone di controllo e di gestione, di sbilanciare verso gli enti periferici i poteri e le competenze di amministrazione, in ossequio del principio di ‘sussidiarietà’, che viene soddisfatto, se invocato, quando si avvicina il più possibile verso le comunità territoriali il potere di amministrarle; vale a dire che l’ente pubblico ed amministrativo più vicino e prossimo alle stesse deve essere quello incaricato e delegato dei poteri di amministrare la società territoriale di sua competenza, così da poter, teoricamente, intercettare, elaborare e soddisfare gli interessi di cui questa è portatrice.

Utilizzando parole più autorevoli delle mie “se dal punto di vista formale il fondamento dello stato democratico viene individuato nell’attribuzione della sovranità al popolo, sul piano sostanziale la qualità democratica di un ordinamento viene normalmente misurata dal grado di ‘vicinanza’ tra governo e governati, sul modo come il potere risulta diffuso nella società ed articolato in una pluralità di centri di decisione politica, così da realizzare, appunto, un determinato sistema di autonomie”(CHELI, 1996).

Non a caso la Regione, tornando alla disciplina in merito al SSN, durante la formazione del Piano Sanitario Regionale, può ricevere le proposte delle comunità locali, così da prenderle in considerazione quando lo steso verrà formulato, e sempre in quel momento, e verrà identificata la divisione in distretti delle USL.

Oltre questo aspetto che era importante trattare, anche data la sua utilità nell’aiutare a comprendere meglio che direzione riformistica si seguiva in Italia in quel periodo, del decreto legislativo 229 va detto che in parte ritoccò alcuni punti della disciplina di inizio decennio. Come si è vista la sostituzione del Collegio dei revisori con quello sindacale, sempre circa l’organizzazione interna delle USL va detto che viene fornita una disciplina più precisa circa i compiti del Direttore generale e degli eventuali direttori coadiuvanti, l’amministrativo ed il sanitario.

Le Regioni ricoprono sempre di più un ruolo di preminenza circa l’amministrazione e la gestione della sanità, e lo Stato è ufficialmente demandato solamente alla coordinazione delle autonomie regionali, custode della protezione, ultima, del diritto alla salute.

Il d.lgs. 229/99 va ad abrogare ed inserire articoli e commi nuovi all’interno del d.lgs. 502/92 che va quindi a dimostrarsi ancora come il testo unico e di riferimento che il Parlamento aveva richiesto al Governo, ed è per questo che sullo stesso ci si è soffermati maggiormente, perché necessario ad introdurre lo studio in merito a queste riforme che hanno stravolto il SSN così come era prima.

Ciò non prova, tuttavia, di essere approdati in una disciplina oramai statica e perfetta, bensì, gl'interventi successivi del legislatore, anche a livello costituzionale, sono importanti e particolarmente efficaci circa la materia della sanità.

Proprio dalla riforma costituzionale del 2001 si riprenderà il discorso, poiché massima chiosa di un percorso di decentralizzazione del potere iniziato ben 10 anni prima.

3.3 Riforma del Titolo V della Costituzione e poteri statali e regionali in materia sanitaria

3.3.1 La Riforma del Titolo V

La revisione del Titolo V della Costituzione è avvenuta con la Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n.3, che esaurisce un percorso di riforme, come si è detto iniziato negli anni 90, che hanno spinto, non solo la materia sanitaria, ma la macchina amministrativa dello Stato, così come il suo ordinamento, verso una forma più federalista[142].

Per quanto attiene alla materia sanitaria, sono alcuni gli aspetti che interessano maggiormente della Riforma, in particolare il nuovo testo dell'art. 117 Cost. ed il nuovo riparto di competenze ivi previsto.

Innanzitutto, proprio in linea con quanto detto fino ad ora circa la volontà di potenziare le Regioni, il I comma prevede espressamente che 'La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali'.

Il potere legislativo viene affidato sia allo Stato così come alle Regioni, andando ad equiparare, implicitamente, la potestà legislativa di entrambi, dove ciò che cambia è l'ambito delle competenze.

L'art.117 prevede una lista esclusiva di competenze statali, ed invece attribuisce una potestà residuale, e generale, in tutte quelle materie che invece non sono espressamente previste nell'alveo di quelle statali, alle Regioni.

Partire da questa premessa per vedere gli aspetti fondamentali della Riforma e comprendere i suoi effetti nel riparto di competenze tra Stato e Regioni nel SSN, alla luce anche di quanto detto circa gli interventi precedenti.

Tra le materie di competenza esclusiva dello Stato, elencate al II comma dell'art.117, bisogna prendere in considerazione la lettere *m),* la quale stabilisce:

[142] Di poco precedente rispetto alla riforma costituzionale è il d.lgs. 18 febbraio 2000, n.56 che attua una riforma di federalismo fiscale, la prima di una serie, che in particolare va ricordata per cessare il 'finanziamento della spesa sanitaria corrente e in conto capitale'. A ciò viene sostituito un sistema in cui le Regioni saranno previste di compartecipare ad altri versamenti fiscali, quali IVA, IRPEF, IRES ed accise sulla benzina, che come verrà detto saranno i modi di finanziamento del SSN.

"m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale".

Lo Stato ha quindi il potere di legiferare quando è in gioco l'obiettivo, o la necessità, di garantire una soglia uniforme dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti tanto i diritti civili quanto quelli sociali, in rispetto del principio di solidarietà (Art.2 Cost.) ed eguaglianza (Art.3 Cost.) che sono assicurati indistintamente a tutti i cittadini.

Per comprendere quanto a fondo questo potere dello Stato possa arrivare, è opportuno affidarsi alle parole esperte della Corte Costituzionale che in più riprese si è trovata a giudicare norme e disposizioni in possibile contrasto con l'articolo sopracitato.

La Corte ha dato un'interpretazione, così detta, *trasversale* di questa disposizione, nel senso che ha riconosciuto come la competenza non possa essere didascalicamente rinchiusa in una lista di materie ben individuata, bensì, nella sentenza 19 giugno 2002, n.282 la Corte ha stabilito che 'quanto poi ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, non si tratta di una "materia" in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle'.

In ciò sta il senso dell'interpretazione c.d. *trasversale*, per la quale il legislatore statale deve essere libero di intervenire, come detto, ogni volta che è a rischio il godimento uniforme delle prestazione riguardanti i diritti sociali e civili.

Inoltre, tale interpretazione, meglio aderisce al testo costituzionale nei suoi principi, poiché, quando sii tratta di diritti sociali e civili, la ponderazione degl'interessi che può compiere il legislatore statale dovrebbe garantire il perseguimento della politica migliore.

A ciò va aggiunto che le competenze regionali non escono necessariamente indebolite da questo paragone, anzi, la Corte, anche nella stessa sentenza si è riservata l'accortezza di specificare anche questo punto.

'La nuova formulazione dell'art. 117, comma 3, rispetto a quella previgente dell'art. 117, comma 1, esprime l'intento di una più netta distinzione fra la competenza regionale a legiferare in queste materie e la competenza statale, limitata alla determinazione dei principi fondamentali della disciplina'[143].

Nonostante la Corte non si stia riferendo espressamente alla competenza dello Stato, bensì si rivolgesse a quella regionale di cui si dirà a breve, quanto è stato appena riportato aiuta, ad ogni modo, a capire come la Corte tracci una distinzione netta tra le competenze dello Stato e quelle delle Regioni, escludendo,

[143]In questo caso la Corte si stava riferendo ad un'altra questione di legittimità sollevata durante il processo ordinario, ed in particolare riguardava non più la lett. *m)* del II comma, bensì il III comma che elenca le materie di competenza concorrente in cui è inclusa la nuova competenza, regionale, circa la tutela della salute.

implicitamente, che lo Stato possa avvalersi di una locuzione ampia come quella della lett. *m)* per intervenire, trasversalmente, in maniera incondizionata.

Anzi ha anche stabilito che 'questo titolo di legittimazione dell'intervento statale è invocabile "in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione" […], nonché "quando la normativa al riguardo fissi, appunto, livelli di prestazioni da assicurare ai fruitori dei vari servizi" […], attribuendo "al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire 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'[144].

Tutto ciò a riprova del fatto che comunque il sistema è basato, e si è accresciuto, su un ruolo sempre maggiore rivestito dalle Regioni.

Tornando a quanto si diceva circa la differenza tra le competenze, occorre individuare che tipo di limite, e garanzia, le Regioni hanno rispetto alla competenza dello Stato di cui si è appena detto.

La risposta è suggerita da un'altra decisione del Giudice delle Leggi, in particolare in una pronuncia nella quale aveva stabilito l'illegittimità costituzionale dell'art.1, comma 169 della Legge finanziaria 2005[145], in particolare nella parte in cui prevedeva come sufficiente una consultazione con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato le regioni e le provincie autonome di Trento e di Bolzano al fine di attuare ed individuare misure per garantire coerenza tra le misure finanziarie e l'uniformità delle prestazione essenziali di assistenza.

La Corte nella sentenza 23 marzo 2006, n.134, aveva ritenuto che non era sufficiente un semplice consulto della Conferenza, 'ciò che, invece, rileva è la ingiustificata riduzione delle modalità di coinvolgimento in questo procedimento delle Regioni (la mera richiesta di un parere alla Conferenza unificata)'[146].

Come anche la Corte ha fatto nel corso del giudizio, bisogna richiamare quanto previsto già dal d.lgs. 502/92, che aveva, ed è qui già stato riportato, attribuito alle Regioni un ruolo più presente ed influente circa il momento della formulazione del Piano sanitario Nazionale da parte dello Stato, ove vengono, di fatti individuate i livelli di assistenza da fornire.

Per le competenze concorrenziali tra Stato e Regioni è dedicato il III comma dell'art.117, e le materie ivi incluse sono comunque destinate alla potestà legislativa delle Regioni.

Nel nuovo novero delle materie di legislazione concorrente è inclusa anche la 'tutela della salute', che appare *prima facie* ben diversa dalla locuzione precedente 'assistenza sanitaria ed ospedaliera'.

La sua diversità sta proprio nella sua portata ben maggiore, che va, tra l'altro, a concludere, sublimandolo, quel trasferimento di competenze circa la materia sanitaria iniziato ben un decennio prima.

[144]Corte Costituzionale, 16 aprile 2014, n.111.
[145]Legge 30 dicembre 2004, n.311.
[146] Corte Costituzionale, n.134/2006.

Rispetto alla definizione precedente della competenza, quella attuale ha, come si è detto, una portata maggiore, nel senso che non è più ristretta nei vincoli delle assistenze ivi individuate, nello specifico quella sanitaria ed ospedaliera, che potevano, in luce della competenza più generale dello Stato, privare le Regioni della competenza a legiferare su una serie di aspetti complementari all'assistenza, e nondimeno in merito alle prestazioni per fornire assistenza. Utilizzando parole di autori più esperti, 'la nuova espressione travalica i confini spaziali insiti nel concetto di "assistenza" per abbracciare tutti i diversi ambiti in cui si svolge la vita dell'individuo, inteso come cittadino e non solo come paziente.

In questa prospettiva la competenza regionale concorrente concerne la salute dei cittadini e, quindi, fuori da una visione "assistenziale", anche degli individui sani, in ottemperanza al precetto costituzionale di cui all'art. 32'[147].

In una definizione del genere risulta molto arduo, se non inutile, cercare di tracciare una fisionomia più precisa della competenza, che abbraccia, evidentemente, un numero di materie e di aspetti inerenti alla salute ampi, tutti quelli che non possono, per definizione, essere fatti rientrare all'interno della competenza statale[148].

Tutt'al più si può confinare la competenza regionale in dei limiti, per così dire, esterni, costituiti, altresì, dai poteri dello Stato.

Per comprendere meglio quanto si sta introducendo, occorre ricordare che tra le novità introdotte dal d.lgs. 502/92 era compreso anche un vincolo di natura finanziaria.

Vale a dire che le esigenze da essa scaturenti sono obblighi da prendere in considerazione quando si compiono scelte di politica sanitaria, e più nello specifico, quando vengono individuate i livelli di assistenza da inserire nel Piano Sanitaria Nazionale, a cui farà poi riferimento quello Regionale.

Ma con ciò, si badi bene, non si pensi che tale vincolo sia prettamente dello Stato, bensì è una necessità che permea l'intera disciplina, fino ad influenzare anche le piccole aziende USL le quali sono molto limitate sul piano economico, con, ad esempio, divieto di indebitamento ed obbligo di pareggio del bilancio.

Questo vincolo a cui devono sottostare le Regioni, ovverosia il 'coordinamento della finanza pubblica', è inserito nel testo dell'art.119, che va letto nel suo complesso per capirne la portata:

"I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea.

[147]L. LAMBERTI (a cura di), *Diritto sanitario*, p.40, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2019.

[148]Tuttavia, seguendo ora il criterio teleologico, ora quello storico normativo, la Corte ha comunque cercato di evitare censure costituzionali ogni qualvolta le misure statali poste al suo vaglio potevano esser fatte rientrare nella definizione di cui alla lett. *m)* del II comma, poiché come si è già detto, in ambiti di incertezza, il legislatore statale risulta essere una garanzia maggiore di sintesi dei principi che sono messi in gioco quando si giunge a prendere e definire misure sanitarie.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno risorse autonome. Stabiliscono e applicato tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i princìpi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario"[149].

Qui sono riportati solamente i primi due commi inerenti al vincolo gravante sulle Regioni, e più largamente, sugli enti locali.

Per dare una definizione a questo limite gravante sulle Regioni, sempre tenendo a mente lo scopo nel farlo, vale a dire, la sua incidenza sulla competenza legislativa regionale in materia sanitaria, bisogna di nuovo prendere in considerazione le pronunce della Corte Costituzionale in materia.

Il Giudice ha di fatti stabilito che 'l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute ed in particolare nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa", peraltro in un "quadro di esplicita condivisione da parte delle Regioni della assoluta necessità di contenere i disavanzi del settore sanitario".

Il legislatore statale può in coerenza «legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari»'[150].

La corte, tuttavia, non si è limitata ad individuare come legittimo l'intervento del legislatore, bensì ha compiuto interpretazioni più coraggiose dove ha avuto modo.

'Al riguardo, è utile richiamare la giurisprudenza di questa Corte, la quale, per un verso, ha elaborato una nozione ampia di principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, per altro verso, ha precisato come la piena attuazione del coordinamento della finanza pubblica possa far sì che la competenza statale non si esaurisca con l'esercizio del potere legislativo, ma implichi anche «l'esercizio di poteri di ordine amministrativo, di regolazione tecnica, di rilevazione di dati e di controllo»'[151].

E continua, 'questa Corte ha messo pure in rilievo il carattere "finalistico" dell'azione di coordinamento e, quindi, l'esigenza che «a livello centrale» si possano collocare anche «i poteri puntuali eventualmente necessari perché la finalità di coordinamento» venga «concretamente realizzata»'[152].

Ciò che si può evincere dalla sentenza, che risulta essere un filone giurisprudenziale ben consolidato, è che nel momento in cui lo Stato invochi il 'coordinamento della finanza pubblica' a sostegno del suo intervento, esso possa godere di una discrezione, non sempre molto ampia, per poter garantire il raggiungimento degli obiettivi per i quali si è deciso di intervenire.

[149] Art.119 Cost., I & II comma.
[150]Corte Costituzionale, 12 aprile 2017, n.73.
[151]Corte Costituzionale, 19 luglio 2011, n.229.
[152] Corte Costituzionale, n.229/2011.

Ciò nondimeno, sono state fatte rientrare in queste competenze le norme statali che, a seguito anche di gravi inadempimenti regionali, avevano disposto la decadenza degli organi amministrativi di vertice di aziende ed amministrazioni sanitarie.

Infine a ciò va aggiunto un elemento importante, sempre stabilito dalla Corte Costituzionale. Essa di fatti stabiliva che 'in base ad un orientamento ormai costante di questa Corte, le disposizioni statali che impongono limiti alla spesa regionale sono configurabili quali principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, alla duplice condizione che: a) prevedano un limite complessivo, anche se non generale, della spesa corrente, che lasci alle Regioni libertà di allocazione delle risorse tra i diversi ambiti ed obiettivi di spesa; b) abbiano il carattere della transitorietà.

Con riguardo alla prima di tali condizioni, questa Corte ha affermato che essa deve ritenersi soddisfatta anche da disposizioni statali che prevedono «puntuali misure di riduzione […] di singole voci di spesa», sempre che «da esse possa desumersi un limite complessivo, nell'ambito del quale le Regioni restano libere di allocare le risorse tra i diversi ambiti e obiettivi di spesa» essendo, in tale caso, possibile «l'estrapolazione, dalle singole disposizioni statali, di principi rispettosi di uno spazio aperto all'esercizio dell'autonomia regionale»'[153].

Il legislatore statale deve, dunque, lasciare uno spazio di autonomia alle Regioni, nonostante, rileva la Corte, le sue misure siano anche dotate di una certa puntualità oltre che invasività della sfera di competenza regionale.
Questo appare, infine, più chiaro e coerente se prendiamo in considerazione le lettere restanti dell'art.119 da cui discende la disciplina, in cui si attribuisce allo Stato la possibilità di istituire fondi perequativi 'per i territori con minore capacità fiscale per abitante'[154].

Dunque, qui si svela la finalità dell'intervento dello Stato in materia di 'coordinamento della finanza pubblica', che non si dispiega solamente in interventi, per così dire, negativi circa le competenze regionali, bensì anche con interventi positivi sempre volti, come si è già visto, alla salvaguardia dell'unione del tessuto sociale, grazie alla garanzia dell'uniformità delle prestazioni inerenti i diritti sociali e civili, in rispetto dei principi fondamentali, ed umani, di eguaglianza e solidarietà.

In merito, il restante testo dell'articolo 119 che ratifica quanto detto, in particolare al VI comma:

"Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi

[153]Corte Costituzionale, 10 febbraio 2016, n. 64.
[154]Art.119 Cost., IV comma.

dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni".

3.3.2 Riparto delle competenze tra Stato e Regioni alla luce delle Riforme

Perseguendo un 'mero' scopo di chiarezza e sintesi, alla luce di quelle riforme che, come si è appena visto, hanno disegnato un nuovo assetto di competenze tra lo Stato e le Regioni, si può tentare di classificare quest'ultime, distinguendo quali poteri competono a ciascun livello amministrativo dell'ordinamento, e quale sia il ruolo conseguente.

Partendo dallo Stato, si è già anticipato, che esso è stato esautorato da molti poteri che aveva nel modello originale del SSN a favore, invece, delle Regioni, perseguendo un modello di decentramento dei poteri di matrice prettamente federalista.

I poteri, e le competenze che lo Stato mantiene sono orientati principalmente a garantire 'livelli essenziali e uniformi di assistenza', perciò lo Stato manterrebbe un ruolo di garante dei principi costituzionali sottesi alla disciplina sanitaria, nel suo aspetto organizzativo e prestazionale.

Per comprendere meglio quanto si sta dicendo, bisogna prendere l'art.115 del d.lgs. 31 marzo 1998, n.112, con il quale venivano conferiti 'funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n.59'.

In particolare il I comma dell'art.115 stabilisce che:

"sono conservati allo Stato i seguenti compiti e funzioni amministrative:

a) l'adozione, d'intesa con la Conferenza unificata, del piano sanitario nazionale, l'adozione dei piani di settore aventi rilievo ed applicazione nazionali, nonche' il riparto delle relative risorse alle regioni, previa intesa con la Conferenza Stato-regioni;

b) l'adozione di norme, linee-guida e prescrizioni tecniche di natura igienico-sanitaria relative ad attivita', strutture, impianti, laboratori, officine di produzione, apparecchi, modalita' di lavorazione, sostanze e prodotti, ivi compresi gli alimenti;

c) la formazione, l'aggiornamento, le integrazioni e le modifiche delle tabelle e degli elenchi relativi a sostanze o prodotti la cui produzione, importazione, cessione, commercializzazione o impiego sia sottoposta ad autorizzazioni, nulla osta, assensi comunque denominati, obblighi di notificazione, restrizioni o divieti;

d) l'approvazione di manuali e istruzioni tecniche su tematiche di interesse nazionale;

e) lo svolgimento di ispezioni, anche mediante l'accesso agli uffici e alla documentazione, nei confronti degli organismi che esercitano le funzioni e i compiti amministrativi conferiti;

f) la definizione dei criteri per l'esercizio delle attivita' sanitarie ed i relativi controlli […] delle attivita' sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private;

g) la definizione di un modello di accreditamento delle strutture sanitarie pubbliche e private”.

Tutte queste sono le materie che rimangono di stretta competenza statale, sulle quali esso è legittimato ad intervenire in quanto il suo intervento garantisce una maggior possibilità di raggiungimento dei risultati aspettati. In via esclusiva si può dedurre, e ciò è confermato anche dal comma successivo a quello appena riportato dell’art.115, che le altre materie competono alle Regioni.

Ora, lo Stato sintetizza ed esaurisce i suoi poteri tramite un atto di fondamentale importanza, il Piano Sanitario Nazionale (PSN), il quale è individuato anche grazie all’intervento delle Regioni, in particolare esse ‘singolarmente o attraverso strumenti di auto-coordinamento, elaborano proposte per la predisposizione del Piano sanitario nazionale, con riferimento alle esigenze del livello territoriale considerato e alle funzioni interregionali da assicurare prioritariamente’[155].

Per quanto interessa, maggiormente, il PSN ‘fissa gli obiettivi di salute e definisce i livelli essenziali ed uniformi di assistenza del Servizio Sanitario Nazionale (c.d. LEA), nonché le risorse ad esso destinate’[156], ma non esaurisce qui il suo contenuto, stabilendo anche ulteriori aspetti come:

“a) le aree prioritarie di intervento, anche ai fini di una progressiva riduzione delle diseguaglianze sociali e territoriali nei confronti della salute;

d) gli indirizzi finalizzati a orientare il Servizio sanitario nazionale verso il miglioramento continuo della qualita' dell'assistenza, anche attraverso la realizzazione di progetti di interesse sovraregionale;

e) i progetti-obiettivo, da realizzare anche mediante l'integrazione funzionale e operativa dei servizi sanitari e dei servizi socioassistenziali degli enti locali;

f) le finalita' generali e i settori principali della ricerca biomedica e sanitaria, prevedendo altresi' il relativo programma di ricerca;

g) le esigenze relative alla formazione di base e gli indirizzi relativi alla formazione continua del personale, nonche' al fabbisogno e alla valorizzazione delle risorse umane;

h) le linee guida e i relativi percorsi diagnostico-terapeutici allo scopo di favorire, all'interno di ciascuna struttura sanitaria, lo sviluppo di modalita' sistematiche di revisione e valutazione della pratica clinica e assistenziale e di assicurare l'applicazione dei livelli essenziali di assistenza;

i) i criteri e gli indicatori per la verifica dei livelli di assistenza assicurati in rapporto a quelli previsti”[157].

Come si vede, e come si è già detto, lo Stato perde quei poteri di controllo sulla gestione e l’organizzazione del SSN, e dei suoi servizi, che erano previsti dalla L.833/78, andando a mantenere il ruolo di garante

[155] Art.1 d.lgs. 502/92, IV comma.
[156] L. LAMBERTI, *op. ult. cit.*, p.29.
[157] Art.1 d.lgs. 502/92, X comma, espunti solamente le lettere *b)* e *c)* in quanto già menzionate.

dell'equità e dell'uniformità dello stesso, sull'intero territorio, come provato anche da quanto detto in merito all'art.117 e 119 della Costituzione.

Le Regioni, d'altro canto, escono rafforzate da questo (s)bilanciamento dei poteri, e, si tenga a mente, detengono la potestà legislativa residuale su tutto ciò che non è diretta ed esclusiva competenza dello Stato, con i limiti sopra visti[158].

Si possono tuttavia individuare ed elencare le materie e le competenze di maggiore rilevanza che vengono trasferite alle Regioni ovvero, già detenute, ricevono margini di maggiore discrezione.

Si parta con l'analisi del Piano Sanitario Regionale (PSR) che deve essere adottato dalle Regioni successivamente, e conformemente, al PSN.

'Il Piano sanitario regionale rappresenta il piano strategico degli interventi per gli obiettivi di salute e il funzionamento dei servizi per soddisfare le esigenze specifiche della popolazione regionale anche in riferimento agli obiettivi del Piano sanitario nazionale'[159].

Esso Piano va adottato dalle Regioni, ai sensi dello stesso comma, capoverso successivo, entro 150 giorni dall'adozione del PSN e ciò viene fatto garantendo la partecipazione delle autonomie locali, 'nonché' delle formazioni sociali private non aventi scopo di lucro impegnate nel campo dell'assistenza sociale e sanitaria, delle organizzazioni sindacali degli operatori sanitari pubblici e privati e delle strutture private accreditate dal Servizio sanitario nazionale'[160].

Bisogna, dunque, condividere 'la considerazione di chi (CARPANI) ha segnalato come oggi il Piano sanitario regionale acquisti una doppia natura: quella di momento di traduzione a livello regionale dei macro-obiettivi stabiliti dallo Stato e quella di strumento per progettare strategie e politiche regionali in campo sanitario'[161].

Impossibile riassumere in maniera più chiara ed inclusiva, il significato del PSR e, conseguentemente, delle Regioni in materia sanitaria.

A ciò va aggiunto giusto un aspetto, procedurale, circa la formazione dello stesso Piano.
Si ricordi, di fatti, che con il decentramento dei poteri si perseguivano finalità assimilabili al principio di sussidiarietà, per cui, la vicinanza fra il centro delle decisioni e di coloro che esse le subiscono, trova spazio normativo nel comma 13 dell'articolo sopracitato.
Di fatti si chiedeva che nella formulazione del PSR venissero incluse autonomie locali e non solo.

[158] Vedi *par.3.3.1*.
[159] Art.1 d.lgs. 502/92, XIII comma.
[160] Art.1 d.lgs. 502/92, XIII comma.
[161] A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p.129.

La modalità per far ciò è contenuta nell'art. 2, commi 2-bis e ter, del decreto, i quali prevedono che ' La legge regionale istituisce e disciplina la Conferenza permanente per la programmazione sanitaria e sociosanitaria regionale, assicurandone il raccordo o l'inserimento nell'organismo rappresentativo delle autonomie locali, ove istituito.

Fanno, comunque, parte della Conferenza: il sindaco del comune nel caso in cui l'ambito territoriale dell'Azienda unità sanitaria locale coincida con quella del comune; il presidente della Conferenza dei sindaci, ovvero il sindaco o i presidenti di circoscrizione nei casi in cui l'ambito territoriale dell'unità sanitaria locale sia rispettivamente superiore o inferiore al territorio del Comune; rappresentanti delle associazioni regionali delle autonomie locali.

Il progetto del Piano sanitario regionale è sottoposto alla Conferenza di cui al comma 2-bis, ed è approvato previo esame delle osservazioni eventualmente formulate dalla Conferenza.

La Conferenza partecipa, altresì, nelle forme e con le modalità stabilite dalla legge regionale, alla verifica della realizzazione del Piano attuativo locale, da parte delle aziende ospedaliere di cui all'articolo 4, e dei piani attuativi metropolitani'.

Questo intende assicurare il rispetto, da un lato del principio di sussidiarietà, dall'altro, in maniera più pratica, di garanzia di inclusione delle necessità di tutta la comunità territoriale della Regione.

Si termini, infine, la trattazione delle competenze regionali, individuando quelle più importanti per capire come incidono sul SSN, ribadendo che non si tratta di una competenza, quella regionale, rinchiudibile in una lista chiusa.

L'art.2 del d.lgs. 502/92, definisce le competenze regionali ed il II comma fornisce una prima fondamentale base delle stesse.

'Spettano in particolare alle regioni la determinazione dei principi sull'organizzazione dei servizi e sull'attività destinata alla tutela della salute e dei criteri di finanziamento delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere, le attività di indirizzo tecnico, promozione e supporto nei confronti delle predette unità sanitarie locali ed aziende, anche in relazione al controllo di gestione e alla valutazione della qualità delle prestazioni sanitarie'.

Questi sono, altresì, i contenuti principali che le Regioni sono chiamate ad individuare ed includere nel PSR, per assicurare il corretto funzionamento di quello che ora, a tutti gli effetti, si può definire Servizio Sanitario Regionale.

Il comma 2-bis, inserito dal d.lgs. 229/99, prevede, altresì, che 'le regioni, nell'ambito della loro autonomia, definiscono i criteri e le modalità anche operative per il coordinamento delle strutture sanitarie operanti nelle aree metropolitane'.

Non si deve dimenticare, di fatti, che le Regioni rimangono gli enti preposti all'accreditamento dei soggetti privati come erogatori delle prestazioni sanitarie, alle quali le stesse aziende USL possono rivolgersi.
Per tale motivo, continua l'art.4 ai commi 2-quater e quinquies, attribuisce importanti compiti, a riguardo, alle Regioni.
In particolare 'Le regioni[…] trasmettono al Ministro della sanità le proprie indicazioni ai fini della individuazione degli ospedali di rilievo nazionale o interregionale da costituire in azienda ospedaliera'.

Inoltre, 'Nel predisporre il Piano sanitario regionale […] la regione procede a verificare la permanenza dei requisiti e a valutare l'equilibrio economico delle aziende ospedaliere costituite nel suo ambito territoriale.

In caso di grave disavanzo nel triennio considerato, oppure di perdita dei requisiti di cui al comma 1-bis, la costituzione in azienda viene revocata […] e la regione individua l'unità sanitaria locale subentrante nei relativi rapporti attivi e passivi'.
Queste le forme di garanzia che la disciplina prevede rispetto all'apertura verso i privati nell'erogazione delle prestazioni sanitarie.

L'art.2, comma 2-sexies, termina con una panoramica delle competenze regionali:

"La regione disciplina altresi':
a) l'articolazione del territorio regionale in unita' sanitarie locali, le quali assicurano attraverso servizi direttamente gestiti l'assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro, l'assistenza distrettuale e l'assistenza ospedaliera, salvo quanto previsto dal presente decreto per quanto attiene alle aziende ospedaliere di rilievo nazionale e interregionale e alle altre strutture pubbliche e private accreditate;
b) i principi e criteri per l'adozione dell'atto aziendale di cui all'articolo 3, comma 1-bis;
c) la definizione dei criteri per l'articolazione delle unita' sanitarie locali in distretti, da parte dell'atto di cui all'articolo 3, comma 1-bis, tenendo conto delle peculiarita' delle zone montane e a bassa densita' di popolazione;
d) il finanziamento delle unita' sanitarie locali, sulla base di una quota capitaria corretta in relazione alle caratteristiche della popolazione residente con criteri coerenti con quelli indicati all'articolo 1, comma 34, della legge 23 dicembre 1996, n. 662;
e) le modalita' di vigilanza e di controllo, da parte della regione medesima, sulle unita' sanitarie locali, nonche' di valutazione dei risultati delle stesse, prevedendo in quest'ultimo caso forme e modalita' di partecipazione della Conferenza dei sindaci;
f) l'organizzazione e il funzionamento delle attivita' di cui all'articolo 19-bis, comma 3, in raccordo e cooperazione con la Commissione nazionale di cui al medesimo articolo;
g) fermo restando il generale divieto di indebitamento, la possibilita' per le unita' sanitarie locali di:
1) anticipazione, da parte del tesoriere, nella misura massima di un dodicesimo dell'ammontare annuo del valore dei ricavi, inclusi i trasferimenti, iscritti nel bilancio preventivo annuale;
2) contrazione di mutui e accensione di altre forme di credito, di durata non superiore a dieci anni, per il finanziamento di spese di investimento e previa autorizzazione regionale, fino a un ammontare complessivo delle relative rate, per capitale e interessi, non superiore al quindici per cento delle entrate proprie correnti, ad esclusione della quota di fondo sanitario nazionale di parte corrente attribuita alla regione;

h) le modalita' con cui le unita' sanitarie locali e le aziende ospedaliere assicurano le prestazioni e i servizi contemplati dai livelli aggiuntivi di assistenza finanziati dai comuni”.

3.4 Finanziamento del SSN e federalismo fiscale

Un aspetto importante da analizzare del SSN è il finanziamento dello stesso, la modalità come esso viene determinato ed attuato all’interno del sistema appena esposto.

Tuttavia, la sua disamina è importante anche per un ulteriore aspetto.

Di fatti la modalità di finanziamento ha subito, come il sistema tutto del resto, delle modifiche che seguivano il filone riformistico di cui si è parlato, perseguendo, dunque, quel disegno federalista di attribuzione di poteri alle Regioni, responsabilizzandole.

Gli aspetti sui quali occorre volgere lo sguardo sono essenzialmente due, le modalità di riparto delle stesse, vale a dire le regole di trasferimento dallo Stato alle Regioni delle risorse, e la modalità di determinazione delle risorse da destinare al SSN.

Prima di tutto però occorre porre una base per affrontare questo discorso, cioè bisogna inserire le variabili del calcolo del finanziamento del SSN.

Occorre quindi richiamare alla mente una delle principali novità introdotte dalla L.833/78, nel sopprimere il sistema mutualistico.

Di fatti il nuovo sistema che si andava a creare, data la sua connotazione prettamente pubblica, sarebbe stato finanziato grazie al prelievo di fiscalità generale, prevedendo così la partecipazione di tutti i cittadini, nel rispetto, principalmente, dell’art. 2 Cost. e del principio di solidarietà, che come si è visto è proprio del SSN.

Ciò significa che i cittadini con reddito parteciperanno al finanziamento del SSN, ed ognuno parteciperà proporzionalmente al reddito, per cui chi guadagna di più contribuirà in maniera maggiore.

Ora, bisogna vedere come questo viene alimentato nel complesso, le fonti sono: 1) l’Imposta regionale sulle attività produttive (IRAP); 2) l’addizionale regionale dell’Imposta sui redditi delle persone fisiche (IRPEF); 3) compartecipazione regionale all’IVA; 4) compartecipazione, altresì, alle accise sulla benzina; infine, 5) le entrate proprie delle ASL, con i servizi che forniscono o con il patrimonio proprio.

Riprendendo i due aspetti di cui si è già detto in precedenza, si parta dal vedere come nel tempo si sia modificato il modo di ripartire le risorse individuate per il SSN dallo Stato alle Regioni e come, conseguentemente, sia cambiato il rapporto tra i due livelli.

Nel sistema creato dalla L.833/78 si ricorda che il taglio del sistema era fortemente centralizzato, e risentiva ancora delle discipline dei primi anni 70 che cominciavano a riconoscere un ruolo alle Regioni nell’amministrazione sanitaria, con quale cautela.

In particolare il richiamo è al Fondo Sanitario Nazionale (FSN) che fu istituito con la L.132/68[162] che serviva per l'accantonamento delle risorse da destinarsi a quelli che la tempo erano gli enti ospedalieri chiamati a fornire cure agli indigenti.

Nella sua prima versione, dunque, il finanziamento passando attraverso il FSN, le quote che lo componevano, dopo essere state stabilite con legge, in particolare con il PSN.

La divisone tra le Regioni avveniva con una delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica.

Il criterio che veniva adottato era quello della 'spesa storica' vale a dire che si faceva riferimento ai bilanci precedenti per poter giungere all'individuazione delle risorse necessarie, considerando comunque le prestazioni da garantire.

Una modifica importante a questo sistema giunge già con il d.lgs. 502/92, che come si è visto segue già la strada della regionalizzazione del sistema sanitario.

Si è altresì visto l'art.13 del decreto che prevede la responsabilizzazione delle Regioni circa il finanziamento delle prestazioni che eccedono quelle uniformi da assicurare sull'intero territorio. Per far ciò si è dovuto chiaramente metter mano alla modalità di finanziamento delle Regioni, le quali ottengono una maggiore autonomia in materia fiscale rispetto al passato, considerando anche che il sistema si è sempre maggiormente orientato a riconoscere alle stesse maggior autonomia.

Ebbene un'importante passo in materia è stato iniziato con la legge delega 5 maggio 2009, n. 42, con la quale si delegava il Governo 'in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione', e portato a termine con il decreto legislativo 6 maggio 2011, n.68, attuativo della stessa.

Della legge delega è opportuno riportare alcuni elementi di principio utili a vedere come i due elementi, del rapporto tra Stato e Regioni e calcolo della spesa sanitaria, siano stati modificati nel tempo, fino ad oggi. In particolare occorre menzionare che:

"i decreti legislativi di cui al comma 1 del presente articolo sono informati ai seguenti principi e criteri direttivi generali:

a) autonomia di entrata e di spesa e maggiore responsabilizzazione amministrativa, finanziaria e contabile di tutti i livelli di governo;

e) attribuzione di risorse autonome ai comuni, alle province, alle citta' metropolitane e alle regioni, in relazione alle rispettive competenze, secondo il principio di territorialita' e nel rispetto del principio di solidarieta' e dei principi di sussidiarieta', differenziazione ed adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione; le risorse derivanti dai tributi e dalle entrate propri di regioni ed enti locali, dalle compartecipazioni al gettito di tributi erariali e dal fondo perequativo consentono di finanziare integralmente il normale esercizio delle funzioni pubbliche attribuite;

[162]Ad onore del vero la L.132/68 istituì il Fondo Sanitario ospedaliero che poi, con la L.833/78 divenne nazionale; all'epoca infatti, vigeva ancora un sistema mutualistico, lo Stato non aveva gli stessi poteri che gli vennero attribuiti successivamente e quindi il fondo aveva uno scopo di garanzia, di fatti le risorse ivi incluse erano destinate a ben pochi interventi se paragonato a quanto sarà successivamente il 1978.

q) previsione che la legge regionale possa, con riguardo ai presupposti non assoggettati ad imposizione da parte dello Stato:

1) istituire tributi regionali e locali;

2) determinare le variazioni delle aliquote o le agevolazioni che comuni, province e citta' metropolitane possono applicare nell'esercizio della propria autonomia con riferimento ai tributi locali di cui al numero 1)"[163].

Questi principi, che sono solamente alcuni dei tanti elencati dal legislatore[164], sono quelli che aiutano nell'orientarsi maggiormente per comprendere le scelte poi effettuate dal legislatore delegato.
Di fatti il Governo nel d.lgs. 68/11 attua queste regole di federalismo in particolare nel prevedere la cessazione dei trasferimenti statali in merito ad una serie di tributi di cui saranno competenti le singole Regioni, si veda il punto *e)*.
Senza entrare nel merito di come sia avvenuta la rideterminazione della compartecipazione, in particolare alle imposte, ciò che quindi bisogna evincere da questo nuovo sistema di riparto delle risorse è che ogni Regione è responsabile autonomamente circa la raccolta delle risorse provenienti dalla fiscalità generale e sull'utilizzo della stessa.
Lo Stato, poiché la legge delega era attuazione dell'art.119 Cost., mantiene, di nuovo, il ruolo di garante dell'unità ed uniformità del territorio e dei servizi sullo stesso.
Dunque, nel caso in cui delle Regioni deficitassero circa la capacità contributiva propria, lo Stato può intervenire sopperendo a queste mancanze economiche, ai sensi dell'art.119 Cost. IV comma che prevede la possibilità d'istituire un 'fondo perequativo per i territori con minore capacità fiscale per abitante', così da non 'lasciare indietro nessuno'.
Infine va vista la modalità che viene cambiata per la definizione della spesa sanitaria, attuata secondo lo schema appena visto.

Per scoprirlo bisogna riprendere il punto *m)* della legge delega che stabilisce:

"m) superamento graduale, per tutti i livelli istituzionali, del criterio della spesa storica a favore:

1) del fabbisogno standard per il finanziamento dei livelli essenziali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, e delle funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione;

2) della perequazione della capacità fiscale per le altre funzioni"[165].

Il numero 1 è quanto interessa maggiormente.
Il d.lgs. 68/11 va esattamente a sostituire il criterio della spesa storica con quello del fabbisogno *standard*.

[163] Art.2 L.42/09, II comma.
[164]Di fatti è importante leggere la lista dei principi per l'emanazione dei decreti legislativi attuativi il federalismo fiscale, poiché insieme formano un complesso organico di norme che creano un sistema. Di fatti quanto detto sarebbe incompleto se non letto insieme ad altri importanti regole, quali la solidarietà interregionale, il controllo, democratico, dei bilanci, lealtà e collaborazione fra i vari reparti territoriali, ecc.
[165]Art.2 L.42/09, II comma.

Il Capo IV del decreto è dedicato ai 'costi e fabbisogni standard nel settore sanitario', ed all'art.25 II comma è offerta la definizione di cosa sia esso fabbisogno.
Esso 'costituisce l'ammontare di risorse necessarie ad assicurare i livelli essenziali di assistenza in condizioni di efficienza ed appropriatezza'.

Proprio queste ultime due parole sono importanti per riallacciare le fila di quanto detto finora. Già dal d.lgs. 502/92 furono inseriti questi parametri per orientare la gestione sanitaria e l'uso delle risorse, come risposta all'epoca ai disavanzi della gestione, politica, precedente.
La determinazione del fabbisogno sanitario si basa su due fattori principali, i LEA ed il loro valore in condizione di efficienza, e il necessario rispetto degli obblighi di finanza pubblica assunti dall'Italia in sede comunitaria.
Per tale determinazione, che avviene tramite intesa con le Regioni, s'individuano delle Regioni di così detto *benchmarking*, vale a dire esempi 'virtuosi' di Regioni che hanno sempre mantenuto la spesa in condizioni di efficienza e rispetto dei vincoli di bilancio.
La loro spesa sanitaria, ed il prezzo singolo di ogni spesa, verrà preso a riferimento, come *standard*, per tutte le altre chiamate a contenere, ed orientare a tal verso la propria gestione.
Questa determinazione riguarda il livello nazionale, ai sensi dell'art.27 I comma, il fabbisogno sarà stabilito anche per le Regioni, da parte del 'Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni'.

3.4.1 Federalismo fiscale ed *uniformità* delle prestazioni

Pare opportuno dedicare attenzione a degli effetti, o per meglio dire, dei rischi, che sono strettamente legati con quanto si è detto nelle ultime pagine.

Di fatti, occorre sintetizzare le discipline contenute negli ultimi paragrafi, in particolare quanto si è detto circa il ruolo dello Stato, in particolare nel processo di pianificazione sanitaria, ed il modello di federalismo fiscale che si è iniziato.
Dello Stato va sottolineato il ruolo di garante dell'*uniformità* delle prestazioni all'interno del territorio, garanzia proposta grazie alla previsione di un ruolo primario circa la pianificazione sanitaria, ed in particolare nell'individuazione dei LEA.
Le Regioni, nondimeno, sono vincolate a tal riguardo, nel senso che non possono fornire prestazioni sanitarie al di sotto di quelle individuate a livello statale[166].
Questo è anche il motivo, come si è detto, per cui partecipano alla definizione, o individuazione, delle stesse.

[166]Resta ferma, tuttavia, la loro possibilità di includere livelli di assistenza maggiori, a loro spese.

Considerando quanto appena detto, dunque, i LEA sono lo strumento affinché il SSN sia unito nell'intero territorio, unito circa l'*uniformità* delle prestazioni nella loro *globalità*, nonostante la previsione di una sua scomposizione in vari, per l'esattezza venti, Servizi Sanitari Regionali.

Il ruolo dello Stato nell'assicurare i LEA è il contrappeso alla maggiore autonomia regionale, resa organica dall'attribuzione di competenze sorretta dalla compartecipazione regionale al gettito fiscale.

È ora possibile capire perché si rende opportuno sintetizzare le discipline sopracitate circa le competenze statali ed il federalismo fiscale.

In particolare, valutare gli effetti che si producono a seguito di un allargamento dell'autonomia regionale, tenendo conto del ruolo dello Stato, si ripeta, come garante dell'*uniformità* delle prestazioni.

Per far ciò si prenda come riferimento il fenomeno della 'mobilità interregionale'.

S'intende il fenomeno per il quale cittadini di una Regione, ottenuti vari documenti dal medico di base, possono, in piena conformità con i principi già esposti, essere liberi di scegliere gli operatori da cui farsi assistere, anche se dislocati in altre Regioni dello Stato.

Molti considerano tale fenomeno della mobilità come un importante fattore sulla base del quale valutare l'efficienza del Servizio Sanitario, nel senso che più questo ha una capacità 'attrattiva' più sia efficiente.

L'attrazione a tal riguardo agirebbe sia verso i propri residenti, non intenzionati, dunque, a muoversi per ottenere le cure, sia verso residenti di altri Regioni, che decidono di spostarsi per ottenere le cure, poiché, spesso, la Regione di provenienza non sia dotata di strutture e servizi all'altezza.

Dunque, analizzare meglio questo fenomeno aiuta a valutare gli effetti che di cui si diceva in precedenza, poiché gli effetti non risulteranno essere negativi se la 'mobilità interregionale' non è tale da far pensare ad un'inefficienza del sistema.

A tal riguardo non occorre prendere in considerazione tutti gli aspetti strutturali dei vari sistemi regionali e metterli a confronto, ma partire da pochi dati che sono una prova importante ai fini di questo studio[167].

In merito a ciò, si evince come le Regioni del Sud siano quelle con minore capacità attrattiva, vale a dire che in paragone, sono di più le persone che 'migrano' per ricevere cure, rispetto a quelle che restano, attraendo, altresì, poche , se non nessuna, persona da altre Regioni.

Il dato più rilevante che queste Regioni condividono, e che permette di avanzare ipotesi sui motivi del perché di tal fenomeno, è quello per cui hanno dei bilanci particolarmente negativi, nel senso che difficilmente riescono ad ottimizzare e contenere la spesa così come richiesto dalla disciplina poc'anzi esposta.

[167]Preme rimandare, in merito, allo studio di F. TOTH, *La sanitò in Italia*, p.63 ss., poiché compie uno studio organico circa la sanità regionale, passando in rassegna, assumendole come parametri, proprio le differenze tra alcune Regioni, la loro dislocazione e composizione nel territorio, le ASL, i dati di mobilità ed il livello di soddisfazione dei cittadini. Il tutto considerando, in particolare, le differenze importanti tra i sistemi del Centro-Nord e del meridione.

Ma il dato così letto non esaurisce l'analisi, poiché va unito al fatto che le Regioni che spendono meno, in proporzione, sono quelle che hanno un'efficienza maggiore, facendo quindi pensare che la gestione delle risorse, anche se limitata, per le ragioni già analizzate, sia un motivo più rilevante rispetto alla semplice costatazione dei bilanci in negativo.

Molto probabilmente i motivi appena esposti non devono essere considerati tanto distanti, poiché sono, a ben vedere, le facce di una stessa medaglia, vale a dire, l'inefficienza del sistema regionale che compromette il diritto di ogni cittadino di godere delle cure in maniera *uniforme* nel territorio.

Evidentemente, invece, alcuni sono più avvantaggiati da altri, ai quali è richiesto maggior sacrifico per poter ricevere prestazioni che dovrebbero essere garantite.

Ciò non diventa un'accusa, ma la costatazione di una certa distanza dall'effettiva realizzazione di un SSN che assicuri prestazioni *uniformi* sull'intero territorio, *uniformità* che, tra l'altro, è, o dovrebbe essere, garantita dallo Stato, in particolare, con l'individuazione dei LEA e della loro obbligatorietà verso le Regioni.

Dunque, questo permette di compiere un ulteriore passo rispetto a quanto si è detto, e nello specifico, circa le differenze di capacità gestionali fra le varie Regioni, che rimane vero ad ogni modo.

Oltre a quanto si è appena detto, va aggiunta una considerazione, vale a dire l'osservazione che le Regioni con maggiori deficit sono anche quelle tendenzialmente con maggiori difficoltà in merito ai contributi fiscali dei propri residenti.

Per esempio, la maggiore produttività del Nord, unita al tasso di occupazione più alto rispetto al meridione, sono fattori che rendono i bilanci delle stesse Regioni più floridi, considerando le entrate provenienti dai redditi.

Ciò avrà delle ripercussioni sulla vita stessa dell'economia della Regione, che potrà vantare, dunque, maggiori risorse da destinare alla spesa sanitaria, che tuttavia non differisce spesso se si prendono in considerazione le varie Regioni a statuto ordinario, indipendentemente dalla loro collocazione geografica nel territorio.

Quindi si deve pensare ed indagare anche altrove, come ad esempio il rapporto tra le Aziende sanitarie e gli erogatori privati oltre che il loro numero nel territorio.

È infatti indiscusso che dove c'è meno presenza di privati la qualità del servizio sia migliore, ma ciò va unito al fatto che spesso le Regioni con maggiori difficoltà devono necessariamente rivolgersi ai privati, in quanto le loro carenze strutturali possono essere colmate, se non con la mobilità, con il rivolgersi proprio a questi.

Questa veloce rassegna di motivazioni non vuole essere sterile, e dovrebbe essere letta unitamente per comprendere meglio il disegno che vi si nasconde dietro.

La situazione di difficoltà di alcune Regioni, del meridione, è un dato ineccepibile e difficile da accettare.

Sarebbe tuttavia ingiusto soffermarsi solamente sulle capacità gestionali, criticabili, delle stesse, poiché per risolvere l'enigma si ha bisogno di tutte le variabili, che fanno parte di un sistema, per così dire, circolare, in cui ogni effetto è legato all'altro.

La loro difficoltà di gestione, con la limitatezza di risorse, non permette politiche di spesa molto larghe[168], ma ciò non sempre è coerente con il principio dell'*uniformità* delle prestazioni.

Potrebbe accadere che una maggiore spesa sia dovuta alla necessità di assicurare i LEA.

Questo porta i residenti a 'migrare' per ricevere prestazioni presso altre Aziende sanitarie di altre Regioni, ma alla fine, il rimborso sanitario della spesa andrà presso tale Azienda determinando un sistema contrario all'obiettivo della redistribuzione delle risorse. Pare indiscutibile che l'obiettivo di contenimento della spesa sanitaria, sopraggiunto a seguito dei primi anni della L. 833/78, sia raggiungibile grazie ad un decentramento della tutela della salute in favore delle Regioni.

Con l'attuazione del federalismo, ancora da perfezionare nella sua intera forma, sembrerebbe che ad un allontanamento del ruolo dello Stato, in particolare circa il trasferimento dello risorse agli enti locali, corrisponda una consolidazione della difficoltà di alcune Regioni già in difficoltà, con l'indiretto, e certo non desiderato, risultato di compromettere l'*uniformità* delle prestazioni sanitarie nel territorio.

Poco aiuta il ruolo formale di decisore dei LEA, così come la sua possibilità d'intervento con i fondi perequativi, il quale finanziamento non appare aumentato nel tempo, anzi. Infine, fermo restando il peso da attribuire alla gestione non sempre perfetta di alcune Regioni, che però ha un taglio prettamente economico, bisognerebbe ripensare, per il futuro, il ruolo dello Stato, per cui la sua vicinanza può solo che giovare. Non necessariamente nell'organizzazione del sistema interno alla Regione, così da lasciare alle stesse libertà di organizzarsi al meglio secondo le loro necessità, bensì più incisivo per quanto riguarda la garanzia dell'assistenza sanitaria, poiché la logica della contrazione della spesa non può affliggere il godimento di un diritto 'fondamentale' in capo ai suoi titolari, cittadini, o meno.

[168] In merito bisogna almeno menzionare i Piani di Riparto a cui sono soggette le Regioni con disavanzi di bilancio. Programmi istituiti nel 2000 che hanno tutto sommato dei buoni effetti in merito alla gestione delle risorse.

4. I soggetti del SSN

Per concludere lo studio in merito al Servizio Sanitario Nazionale bisogna passare in rassegna gli attori che vi partecipano e che contribuiscono al funzionamento della macchina della salute sull'intero territorio.

Ciò è più congeniale farlo dopo aver esposto la struttura del sistema e le modifiche che si sono susseguite, così da avere un'idea più precisa di che tipo di sistema questi soggetti sono chiamati ad operare.

Per cui, detto con parole più esperte, 'il Servizio Sanitario Nazionale è ormai, in quanto formula che abbisogna di una profonda decodificazione, la sommatoria di una pluralità di servizi regionali'[169], perciò bisogna vedere i vari livelli nei quali questi soggetti operano.

Tuttavia è opportuno iniziare con la disanima dei soggetti istituzionali di livello statale, fermo restando che lo Stato mantiene le competenze, principalmente, di stabilire i livelli essenziali di assistenza, che le Regioni dovranno poi garantire nel proprio territorio, ovvero di controllo e coordinamento, oltre tutta una serie di competenze specifiche sottese ad interessi generali che le Regioni non potrebbero soddisfare in maniera uniforme nel territorio.

Un esempio è la profilassi internazionale, così come la commercializzazione dei farmaci o la loro sperimentazione, ovvero l'assoluzione degli obblighi, e mantenimento delle relazioni, con le sedi internazionali, salvo che si tratti di pareggio di bilancio al quale sono sottoposte anche le stesse Regioni.

4.1 I soggetti istituzionali a livello Statale

4.1.1 Il Ministero della Salute

Tra i vari livelli sui quali oggi si snoda il SSN, in quello statale risiedono i soggetti chiamati ad adempiere alle funzioni di coordinamento a cui lo Stato stesso è richiesto di adempiere.

Le funzioni principali sono detenute dal Ministero della Salute, il quale cominciò ad assumere competenze, in materia sanitaria, ben prima della legge 833, che semplicemente andò a ratificare il suo ruolo preminente in quest'ambito.

Di fatti, tornando con la mente a quanto detto nelle pagine circa l'evoluzione storica dei sistemi sanitari in Italia, si ricorderà che alcune competenze erano detenute dal Ministero degli Interni, nel quale vi erano dei dipartimenti chiamati a svolgere compiti per tutelare la salute pubblica, principalmente con interventi in materia di igiene.

Il Ministero della Salute venne istituito con la legge 13 marzo 1958, n.296, e la medesima trasferiva, altresì, competenze del Ministero degli Interni a quello appena istituito.

La L.833/78, data l'impronta fortemente pubblicistica che aveva, attribuì numerosi poteri al Ministero, col fine di garantirgli la possibilità di svolgerli nella maniera più completa.

[169] R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, p.146, in F.G. SCOCA – F.A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Giappichelli editore, Torino, 2007.

Con il passare delle riforme invece, il Ministero assunse una fisionomia sempre diversa, adatta alla nuova dimensione del SSN, in particolare alla sua forma regionalizzata.

Ad oggi il Ministero mantiene la maggior parte dei poteri che sono necessari a svolgere le funzioni di coordinamento che lo Stato, cioè l'amministrazione centrale, è chiamato a porre in atto, oltre a quelli di controllo, che come si ricorda, è necessario in un sistema in cui il potere di gestione è decentralizzato e quello di erogazione non è più una competenza esclusivamente pubblica, ed infine quei poteri interni che sono necessari per assicurare il corretto funzionamento dell'amministrazione interna dello stesso.

Prima di vedere le funzioni nello specifico può aiutare definire la forma del Ministero, nella sua struttura interna.

Esso è infatti suddiviso in dipartimenti che sono, ciascuno, predisposto allo svolgimento di compiti specifici, così come risulta dalla sua riorganizzazione avvenuta con il decreto legislativo 30 giugno 1993, n.266[170].

Stando alla sua ultima disciplina, esso è suddiviso in 12 direzioni generali coordinate da un Segretario generale.

'Nell'ambito e con finalita' di gestione integrata dei servizi socio-sanitari e della tutela dei diritti alla dignita' della persona umana, alla salute ed al lavoro, sono attribuite al ministero le funzioni e i compiti spettanti allo Stato di tutela della salute umana, coordinamento del sistema sanitario nazionale, sanita' veterinaria, tutela della salute nei luoghi di lavoro, igiene e sicure degli alimenti'[171].

Con queste lettere veniva incaricato delle sue funzioni il Ministero, in piena linea con le modifiche di cui al d.lgs. 229/99 appena approvato.

Il Ministero ha, in particolare, un ruolo preminente per quanto concerne la pianificazione a livello statale, con l'individuazione dei livelli essenziali di assistenza, e la loro inclusione nel PSN che, anche se predisposto dal Governo, vede il ruolo centrale del Ministero in quanto questo fornisce la proposta del Piano che verrà poi disposto dal Governo.

Di fatti 'I progetti obiettivo previsti dal Piano sanitario nazionale sono adottati dal Ministro della sanità con decreto di natura non regolamentare, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e con gli altri Ministri competenti per materia, d'intesa con la Conferenza unificata"[172].

Oltre a quanto appena detto, è sempre il Ministero a partecipare, tuttavia non in maniera solitaria, alla determinazione del fabbisogno sanitario *standard* sia nazionale che regionale.

[170]Anche questa riforma circa il riordinamento del Ministero va inserita nel filone di riforme degli anni 90 secondo le quali i criteri di efficienza, economicità, trasparenza, anche giustamente, dovevano guidare una ristrutturazione della Pubblica Amministrazione partendo dalle sue fondamenta, sia nella sua parte interna che non.

[171] Art.45 decreto legislativo 30 luglio 1999, n.300, II comma.

[172] Art.1 d.lgs. 502/92, XI comma.

Questo perché l'individuazione delle risorse e dei LEA sono indissolubili in quanto il primo deve essere coerente al secondo e quest'ultimo, con dei limiti, può essere condizionato dalle risorse disponibili dallo stato sul piano finanziario.
Dunque il Ministero, con la sua partecipazione, assicura una coerenza nelle scelte di politica sanitaria[173].
Quanto detto offre modo di trattare, seppur brevemente, un ulteriore aspetto relativo al ruolo del Ministero, vale a dire le funzioni che svolge per il coordinamento ed il controllo.
Di fatti, durante il percorso di predisposizione del PSN, oltre ad effettuare la proposta, è proprio il Ministero a tenersi in contatto con i vari enti locali, garantendone la partecipazione. Inoltre, è sempre il Ministero ad effettuare un controllo circa tali soggetti locali.
Di fatti, ai sensi dell'art.1 IV comma del d.lgs. 502/92, è il Ministero a vigilare sull'attuazione del PSR da parte delle Regioni, così da certificare che quest'ultime osservino le misure da loro disposte, oltre a farlo nel rispetto delle indicazioni nazionali.
Inoltre il Ministero è anche chiamato a compiere, una vota l'anno, una relazione sullo stato di salute nel territorio. Questa relazione, fra gli altri, include alcuni elementi importanti:

"c) espone i risultati conseguiti rispetto agli obiettivi fissati dal Piano sanitario nazionale;

d) riferisce sui risultati conseguiti dalle regioni in riferimento all'attuazione dei piani sanitari regionali"[174].

Ciò dimostra ancora come sia necessario il controllo centrale dello Stato per garantire il rispetto dei principi costituzionali sottostanti il diritto alla salute e l'ordinamento sanitario.

Per completezza di trattazione, tra le varie funzioni di pianificazione del Ministero vanno altresì annoverate tutte quelle più tecniche che, come già detto, non potrebbero competere alle Regioni, come per esempio la programmazione in materia tecnico-sanitaria, ovvero di ricerca scientifica. Inoltre, lo stesso, svolge funzioni controllo circa igiene pubblica, tutela nei luoghi di lavoro ed infine polizia veterinaria.

Infine al Ministero sono demandati i poteri per mantenimento dei rapporti con i suoi omonimi nel panorama internazionale e, di più, con l'Unione Europea.

4.1.2. Enti pubblici in materia sanitaria e consultivi del Ministero

Il Ministero, nonostante l'alto numero di funzioni alle quali è demandato, è coadiuvato da una serie di soggetti nel portarle a compimento.

[173] Di fatti questo compito è assolto dal Ministero in concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze proprio per assicurare la giusta ponderazione dei due limiti ed obiettivi.
[174] Art.1 d.lgs. 502/92, XII comma.

Questi soggetti possono essere, dunque, definiti come 'consultivi' dello stesso poiché con il loro lavoro di ricerca ed analisi, dato anche il carattere prettamente tecnico, mettono a disposizione dello stesso il maggior numero di informazioni adatte a compiere scelte politiche consapevoli.
Il primo di questi soggetti a cui va dedicata l'attenzione è la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le provincie autonome.

Essa fu istituita, ufficialmente, con la legge 23 agosto 1988, n.400[175], in particolare dall'art.12 che recita:

"E' istituita, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con compiti di informazione, consultazione e raccordo, in relazione agli indirizzi di politica generale suscettibili di incidere nelle materie di competenza regionale, esclusi gli indirizzi generali relativi alla politica estera, alla difesa e alla sicurezza nazionale, alla giustizia".

È già possibile dare una forma alla stessa, poiché come scritto, essa ha compiti di informazione, e consultazione con gli altri enti dello Stato in particolare in quelle materie che incidono anche su quelle proprie delle Regioni, come, ora si può dire, la 'tutela della salute'.
A tal riguardo la Conferenza svolge un ruolo molto importante, in particolare in ottemperanza dei suoi compiti di raccordo con gli altri enti.
Si ricordi, a proposito, che la Corte Costituzionale è intervenuta varie volte censurando atti legislativi statali che prevedevano l'adozione di misure senza un'inclusione sufficientemente forte della Conferenza ed, in sostanza, delle Regioni, in rispetto del principio di leale collaborazione fra i vari livelli di governo.
Sulla scorta di ciò, si può inserire più precisamente la Conferenza all'interno del gioco dei ruoli del Servizio Sanitario Nazionale, vedendo le funzioni che svolge, alla luce delle riforme degli anni 90 in particolare, dato il ruolo preminente e centrale che le Regioni sono andate via via assumendo.
Innanzitutto la Conferenza partecipa alla determinazione dei LEA da parte del Ministero della Salute, andando così a garantire la presa in considerazione degli interessi regionali da parte dell'amministrazione centrale dello Stato.
I LEA che dovranno essere inclusi e determinati nel PSN non sono il solo aspetto di competenza della conferenza circa il processo di pianificazione compiuto dal Governo.
Di fatti, 'il piano è adottato d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281'[176].

[175] La prima apparizione della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le provincie autonome ha luogo qualche anno prima, di fatti con il DPCM 12 ottobre 1983 essa venne, in via meramente amministrativa, istituita, in accordo alle pressioni che giungevano dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali che ritenne fondamentale individuare ed istituire un luogo dove Stato e Regioni potessero raccordarsi, in particolare, per la determinazione di scelte politiche rilevanti anche sul piano regionale.
[176] Art.1 d.lgs. 502/92, V comma.

La conferenza ivi menzionata è una forma ulteriore rispetto alla singola Conferenza permanente, in particolare, 'la Conferenza Stato - citta' ed autonomie locali e' unificata per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province, dei comuni e delle comunita' montane, con la Conferenza Stato – regioni'[177].

Il ruolo centrale della stessa non sfugge, quindi, nelle materie sanitarie, ed in particolare per quanto riguarda la pianificazione.

Di fatti, è in quel momento che meglio di altri si deve realizzare un raccordo fra l'amministrazione statale e quella regionale, così da assicurare la ponderazione degli interessi in gioco.

Nondimeno, la Conferenza è anche chiamata ad intervenire per quanto concerne l'aspetto delle risorse economiche da destinare.

Durante la fase di determinazione delle risorse sincreticamente vengono definiti i LEA, e durante la stessa partecipa anche la Conferenza, che sarà, quindi chiamata ad intervenire anche circa l'individuazione delle risorse da destinare.

Questa fase, dal d.lgs.68/2011, avviene tramite l'individuazione del fabbisogno sanitario *standard*.

Fermo restando che ciò avvenga in coerenza con l'individuazione dei livelli essenziali di assistenza, oltre che con gli obblighi di finanza pubblica, dal 2013 questa individuazione avviene tramite intesa, vale a dire intesa con la Conferenza.

Inoltre, anche l'individuazione dei costi e dei fabbisogni *standard* regionali viene compiuta non solo dal Ministero della Salute, 'di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze', ma anche dalla Conferenza Stato- Regioni.

Oltre a questa serie di competenze principali, la Conferenza partecipa all'elaborazione di programmi globali di prevenzione anche primari; l'adozione di tutti gli atti per poi attuare il PSN; alla determinazione dei principi che poi orienteranno la funzione di controllo da svolgere; alla determinazione delle politiche circa il personale medico-sanitario e la loro remunerazione.

Infine si passi in rassegna alcuni degli enti pubblici, i più importanti, che partecipano nelle attività del Ministero. Molti di questi sono di fatto posti sotto la supervisione o vigilanza dello stesso Ministero.

Va fatta soprattutto menzione del Consiglio Superiore di Sanità (CSS), che è 'l'organo consultivo tecnico-scientifico del Ministero della Salute, che se ne avvale per esaminare, indagare, programmare le politiche in materia di salute pubblica, igiene e sanità. Il Consiglio svolge anche funzione consultiva propositiva'[178].

Inoltre è opportuno menzionare l'Istituto Superiore di Sanità (ISS) che invece orienta il suo lavoro più verso l'ambito della ricerca, della sperimentazione e dell'informazione, corretta, dei cittadini, ed in particolare per quanto concerne prettamente la salute pubblica.

[177] Art.8 decreto legislativo 28 agosto 1997, n.281, I comma.
[178] L. LAMBERTI (a cura di), *op. ult. cit.*, p.112.

Per quanto attiene alle fila di questa ricerca, l'Agenzia nazionale per i servizi regionali, la quale definizione è data dall'art.5, I comma, del d.lgs. 266/93 con la quale è istituita.
Essa, recita, è 'una agenzia dotata di personalita' giuridica e sottoposta alla vigilanza del Ministero della sanita', con compiti di supporto delle attivita' regionali, di valutazione comparativa dei costi e dei rendimenti dei servizi resi ai cittadini e di segnalazione di disfunzioni e sprechi nella gestione delle risorse personali e materiali e nelle forniture, di trasferimento dell'innovazione e delle sperimentazioni in materia sanitaria'.
Infine l'Agenzia italiana de Farmaco (AIFA), chela quale detiene competenze circa la sperimentazione e la vigilanza sul rispetto degli standard a parte farmaci immessi sul mercato, oltre che per la sperimentazione di nuovi.

Per questo motivo essa lavora a stretto contatto con molti altri operatori del settore, quali le Regioni, l'ISS e, tra gli altri, le Associazioni di medici, pazienti oltre alle società scientifiche.

4.2 Le aziende sanitarie

Dopo aver visto i soggetti che operano a livello statale si può scendere verso i livelli decentrati dell'ordinamento sanitario.
In particolare il livello regionale non sarà oggetto della trattazione poiché, come si è detto, le Regioni avendo autonomia legislativa in merito alla tutela della salute hanno dato vita a diverse forme di sistemi regionali di amministrazione e tutela della salute, e sarebbe fine a se stesso dedicare attenzione ad ogni differenza tra i vari sistemi.

È invece importante volgere lo sguardo ai soggetti tramite i quali le stesse garantiscono la soddisfazione e la realizzazione del diritto alla salute nel loro territorio, e che vanno a comporre il Servizio sanitario regionale.

4.2.1 Le Aziende sanitarie locali (ASL)

Un importate aspetto comune ad entrambe le principali riforme degli anni 90 fu quello di introdurre e raffinare un sistema aziendalizzato dell'amministrazione della salute.

Si ricordi, di fatti, che da quel momento in poi le USL non vengono più definite come 'il complesso dei presidi, degli uffici e dei servizi dei comuni'[179], bensì ad esse viene riconosciuta una personalità giuridica, che il d.lgs. 229/99 riconosce come di diritto pubblico, ed anche un autonomia imprenditoriale.

Questa previsione portava con sé un ventaglio di novità e conseguenze rispetto al sistema vigente in precedenza, in particolare era un modo per diffondere i principi di economicità, efficienza ed efficacia nell'azione dell'amministrazione sanitaria, indirettamente espungendo dall'amministrazione stessa i vertici politici, regionali o comunali.

[179]Art.10 L.833/78, II comma.

Così facendo si separavano i due profili, quello politico e gestionale, esautorando il primo di alcuni poteri gravanti sul secondo, che veniva altresì responsabilizzato.

Queste novità, di carattere generale, trovano un riscontro anche nella disciplina più specifica circa le Aziende sanitarie locali, in particolare per quanto concerne i proprio ordinamento interno, fortemente influenzate dal carattere aziendalistico ed autonomistico.

L'organizzazione delle ASL viene stabilita con il c.d. atto aziendale, che, come è stato anche dalla giurisprudenza più volte riconosciuto, è un atto di diritto privato, assunto dal Direttore Generale, che è responsabile della gestione intera dell'Azienda.

Tale atto può essere definito come uno statuto della stessa, di fatti, con esso il Direttore procede alla definizione di vari aspetti dell'organizzazione dell'Azienda, come 'la loro organizzazione ed il funzionamento' (art.3 d.lgs. 502/92, comma 1-*bis*); 'individuazione delle strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica' (art.3 d.lgs. 502/92, comma 1-*bis*); l'individuazione dei distretti in cui si articola nel territorio, sulla base dei criteri stabili dalla Regione; l'individuazione degli altri Direttori, amministrativo e sanitario, con rispettiva attribuzione dei poteri; la sua disciplina intera, per cui la sua divisione in dipartimenti[180].

È da sottolineare la natura, che il legislatore stesso riconosce, di diritto privato dell'atto aziendale, che ha il merito di attribuire in tutto e per tutto l'autonomia, fortemente auspicata, alle Aziende, subordinandola, tuttavia ancora al potere degli enti pubblici, dai quali tuttavia risulta ben distinta, nel senso che quest'ultimi sono delegati a scelte più generali di politica sanitaria che non compete alle aziende, per cui, di nuovo, si vede la distinzione tra potere il politico e quello gestionale delle Aziende.

Proprio a tal riguardo il Consiglio di Stato stabiliva, in una controversia con ad oggetto l'attribuzione dell'incarico dirigenziale da parte di una ASL, che 'esse si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica ed autonomia imprenditoriale; la loro organizzazione e funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato, a differenza di quanto accade normalmente, per le altre Amministrazioni, per gli atti cc.dd. di macro-organizzazione; agiscono mediante atti di diritto privato; il Direttore Generale adotta l'atto aziendale di organizzazione, è responsabile della gestione complessiva'[181].

Quanto appena riportato aiuta ad introdurre una breve trattazione di cosa significhi realmente l'autonomia imprenditoriale propria delle Aziende sanitarie.

La forma di autonomia imprenditoriale è la migliore per assicurare che l'organizzazione ed il funzionamento delle Aziende sia il più vicino possibile ai criteri di economicità, efficienza ed efficacia.

[180]Tutti questi elencati sono i contenuti che l'atto aziendale deve contenere obbligatoriamente, ve ne sono poi degli altri che invece possono essere previsti, ma in via facoltativa.

[181]Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 07 luglio 2017, n.3358.

Tuttavia l'autonomia del Direttore generale, nel disporre dell'azienda in rispetto a tali criteri incontra anche dei limiti, per così dire esterni.

Non va dimenticato, di fatti, che le aziende in oggetto sono comunque chiamate ad erogare ed assicurare nel territorio i livelli essenziali di assistenza, perciò la loro organizzazione ha questo primario obiettivo, innanzitutto, come criterio per la loro formazione.

Nondimeno, i criteri per la divisione ed organizzazione interna delle Aziende devono altresì essere conformi ai principi che vengono stabiliti dalla legge statale, così come da quella regionale, ovvero alle linee guida espresse dalla stessa regione, oltre che ai vincoli scaturenti dalla contrattazione collettiva.

L'autonomia imprenditoriale dunque è la scelta del legislatore per garantire snellezza e flessibilità alle Aziende, ed autonomia gestionale al Direttore, col fine, nel rispetto dei vincoli sopracitati, di garantire la soddisfazione del diritto alla salute dei cittadini.

Una volta riconosciuta la natura strumentale dell'autonomia imprenditoria di questi enti, le ASL, si veda la loro organizzazione interna, atta a soddisfare l'esigenza di contenimento della spesa, o la sua efficiente allocazione, e quella di erogazione dei servizi assistenziali.

Innanzitutto l'art.3 del d.lgs. 502/92 riconosce come organi componenti le ASL il Direttore generale, il Consiglio sindacale, sui quali non occorre aggiungere altro rispetto a quanto detto, solo ribadire che il primo è quello demandato alla gestione complessiva dell'azienda, con potere anche di rappresentanza della stessa, mentre il secondo svolge funzioni di controllo in merito alla corretta gestione della stessa.

Di seguito troviamo il Direttore amministrativo e sanitario i quali 'partecipano, unitamente al direttore generale, che ne ha la responsabilita', alla direzione dell'azienda, assumono diretta responsabilita' delle funzioni attribuite alla loro competenza e concorrono, con la formulazione di proposte e di pareri, alla formazione delle decisioni della direzione generale'[182].

Successivamente a questa breve panoramica degli organi di vertice delle aziende sanitarie, si muova a vedere la loro suddivisione sia interna, sia nel territorio, sulla base anche di quelle sono le funzioni chiamate a svolgere.

Per quanto concerne l'organizzazione interna delle Aziende, l'art.17-*bis*, I comma, del d.lgs. 502/92 fornisce un'importante indicazione stabilendo che 'l'organizzazione dipartimentale è il modello ordinario di gestione operativa di tutte le attività delle Aziende sanitarie'.

Il legislatore non offre tuttavia una definizione del dipartimento, che però può essere, vedendo anche le esperienze di altri enti pubblici suddivisi in dipartimenti, individuata e definita.

Questo modello corrisponde ad una struttura organizzativa, priva di personalità giuridica, nella quale vengono incluse delle singole unità operative proprie dell'Azienda, individuate dall'atto aziendale, e che,

[182]Art.3 d.lgs. 502/92, comma 1-*quinquies*.

data la loro omogeneità, affinità ovvero complementarietà di competenze o funzioni, possono meglio essere coordinate se poste sotto una singola struttura, anche per quanto concerne la gestione delle risorse e del personale.

Queste diverse unità, che possono essere semplici o complesse, rimangono tuttavia indipendenti una dall'altra, per cui, nonostante l'accomunamento per ragioni di funzionalità, restano comunque responsabili per il compimento ed assolvimento dei compiti attribuitegli al momento della loro individuazione con l'atto aziendale. I dipartimenti di cui si è appena detto possono essere dunque diversi e di diversa natura, sulla base delle unità che vanno ad unificare.

Un dipartimento di fondamentale, ed obbligatoria, presenza nelle Aziende è il Dipartimento di prevenzione, previsto dall'art.7 del d.lgs. 502/9e e disciplinato dai seguenti.

Nel secondo capoverso del I comma dell'art.7 esso stabilisce che 'Il dipartimento di prevenzione e' struttura operativa dell'unita' sanitaria locale che garantisce la tutela della salute collettiva, perseguendo obiettivi di promozione della salute, prevenzione delle malattie e delle disabilita', miglioramento della qualita' della vita'.

All'interno poi del Dipartimento si possono trovare diverse strutture organizzative, individuate ognuna in base alle competenze, ad esempio, 'igiene e sanità pubblica; igiene degli alimenti e della nutrizione; prevenzione e sicurezza degli ambienti di lavoro; sanità animale'.

Infine, dei dipartimenti possono invece svolgere delle funzioni più amministrative, se le unità erano preposte allo svolgimento di compiti più gestionali e non di governo della salute.

A capo dei dipartimenti è posto il Direttore di dipartimento, che viene nominato dal Direttore generale 'fra i dirigenti con incarico di direzione delle strutture complesse aggregate nel dipartimento'[183].

Per quanto concerne invece la struttura delle Aziende, nella loro proiezione esterna, questa è basata sulla suddivisione in Distretti, anche sulla base delle competenze che le stesse svolgono. Queste infatti svolgono funzioni che riguardano principalmente sia l'erogazione diretta dei servizi sanitari sia funzioni di committenza, oltre ad attività d'informazione sanitaria per i cittadini, prevenzione e sensibilizzazione circa la tutela della salute e i metodi di accesso alla stessa.

In merito alla prima delle due funzioni per assicurarne lo svolgimento migliore, viene prevista la suddivisone in Distretti dell'Azienda, e questi sono disciplinati dagli art.3-*quater* e seguenti del d.lgs. 502/92.

Al primo comma l'articolo definisce le caratteristiche base del Distretto stabilendo che 'la legge regionale disciplina l'articolazione in distretti dell'unita' sanitaria locale. Il distretto e' individuato dall'atto aziendale di cui all'articolo 3, comma 1-bis, garantendo una popolazione minima di almeno sessantamila abitanti, salvo

[183]Art.17-*bis* d.lgs. 502/92, II comma.

che la regione, in considerazione delle caratteristiche geomorfologiche del territorio o della bassa densita' della popolazione residente, disponga diversamente'.

Questo continua, al II comma, stabilendo che 'il distretto assicura i servizi di assistenza primaria relativi alle attivita' sanitarie e sociosanitarie di cui all' articolo 3-quinquies, nonche' il coordinamento delle proprie attivita' con quella dei dipartimenti e dei servizi aziendali, inclusi i presidi ospedalieri'.

Quanto appena detto permette di dare una prima inquadratura del Dipartimento, come articolazione dell'Azienda sanitaria, preposto prettamente allo svolgimento della funzione erogatrice delle prestazioni sanitarie (e sociosanitarie)richieste all'ASL.

Tuttavia, rimanendo nell'ottica aziendalistica propria del sistema, 'il distretto e' dotato di autonomia tecnico-gestionale ed economico-finanziaria, con contabilita' separata all'interno del bilancio della unita' sanitaria locale'[184].

Infine, per individuare quali sono le attività sanitarie, sopracitate, che deve garantire il Distretto, bisogna invece prendere il II comma dell'art.3-*quinquies* del decreto che stabilisce:

"Il distretto garantisce:

a) assistenza specialistica ambulatoriale;

b) attivita' o servizi per la prevenzione e la cura delle tossicodipendenze;

c) attivita' o servizi consultoriali per la tutela della salute dell'infanzia, della donna e della famiglia;

d) attivita' o servizi rivolti a disabili ed anziani;

e) attivita' o servizi di assistenza domiciliare integrata;

f) attivita' o servizi per le patologie da HIV e per le patologie in fase terminale".

Appare dunque chiaro il primario obiettivo dei Distretti nei quali l'ASL sarà suddivisa, quello di soddisfare la domanda sanitaria della popolazione, con l'offerta (sanitaria) costituita dalle attività che sono appena state elencate.

Per ragioni di efficienza della politica e gestione sanitaria, le ASL stesse saranno quelle che raccoglieranno la domanda sanitaria in modo da poter orientare l'organizzazione verso la loro soddisfazione[185].

Infine, a capo dei Distretti vi sarà un Direttore di Distretto che realizzerà le indicazione della dirigenza aziendale, oltre a gestire le risorse a disposizione 'in modo da garantire l'accesso della popolazione alle strutture e ai servizi'[186].

---

[184]Art.3-*quater* d.lgs. 502/92, II comma.

[185]Può aiutare come esempio a capire la legge 8 novembre 2012, n.189 con cui si è convertito in legge il decreto legge 13 settembre 2012, n.158, che ha ridisegnato alcuni aspetti dei distretti delle ASL, prevedendo che l'assistenza sanitaria venisse offerta anche nelle fasce notturne della giornata per l'intero arco settimanale. Rispetto a quell'obbligo l'organizzazione interna delle ASL, dunque dei Distretti fu costretta a modificarsi necessariamente.

[186] Art.3-*sexies* d.lgs. 502/92, I comma.

‘L'incarico di direttore di distretto e' attribuito dal direttore generale a un dirigente dell'azienda, che abbia maturato una specifica esperienza nei servizi territoriali e un'adeguata formazione nella loro organizzazione, oppure a un medico convenzionato, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, da almeno dieci anni’[187].

Per l’erogazione delle prestazioni sanitarie l’ASL non prevede la sua articolazione solamente in Distretti, bensì anche di una sua diversa struttura, vale a dire il Presidio ospedaliero, disciplinato dall’art.4 del d.lgs.502/92.

Il Presidio ospedaliero è un insieme di strutture ospedaliere unificate per fini funzionali, ma non sufficientemente grande o articolato per poter ottenere il riconoscimento come Azienda ospedaliera.

A capo dello stesso è posto un dirigente medico ed uno amministrativo.

I Presidi offrono talvolta le attività specialistiche, non ambulatoriali, che non sono erogate dall’articolazione distrettuale delle ASL, così da completare il ventaglio di attività sanitarie che le ASL sono richieste di erogare, e nella loro forma diretta.

4.2.2 L’Azienda Ospedaliera

L’Azienda Ospedaliera è l’altra categoria di Azienda sanitaria, diversa dall’ASL, inserita nel SSN con finalità esclusivamente di erogazione delle attività assistenziali, in particolare quelle specialistiche, ospedaliere e di riabilitazione.

Considerando anche quanto appena detto in merito ai Presidi ospedalieri, le Aziende Ospedaliere possono essere definite come l’unificazione di alcuni istituti ospedalieri che assumono, data la loro composizione ed il possesso di requisiti specifici, la struttura aziendale come forma organizzativa e di gestione.

In particolare ‘possono essere costituiti o confermati in aziende gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico, con le particolarita' procedurali e organizzative previste dalle disposizioni attuative dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 15 marzo 1997, n. 59; le aziende di cui all'articolo 6 della legge 30 novembre 1998, n. 419, secondo le specifiche disposizioni definite in sede di attuazione della delega ivi prevista; le aziende ospedaliere di rilievo nazionale o interregionale, alle quali si applicano, salvo che sia diversamente previsto, le disposizioni del presente decreto relative alle unita' sanitarie locali’[188].

Per quanto concerne questo tipo di Azienda, la Regione mantiene un importante potere di controllo verificando il mantenimento dei requisiti per essere catalogati come Azienda Ospedaliera, nello specifico quelli che dovrebbero mantenere i Presidi per essere riconosciuti come tali.

Di nuovo, come per le ASL, l’organizzazione dell’Azienda Ospedaliera può essere suddivisa in dipartimenti, e allo stesso modo la loro attività va coordinata con quella svolta dalle ASL e dai Distretti territoriali in cui sono suddivisi.

[187] Art.3-*sexies* d.lgs. 502/92, III comma.
[188] Art.4 d.lgs. 502/92, I comma.

La definizione dell'organizzazione interna dell'Azienda Ospedaliera, oltre che del coordinamento con le ASL ed i suoi Distretti, è disposta tramite l'atto aziendale del Direttore, in piena conformità con quanto avviene rispetto alle ASL.

L'ultimo aspetto che preme sottolineare dell'Azienda Ospedaliera è un tipo di forma che talvolta possono assumere, vale a dire l'azienda ospedaliera universitaria.

Come precedentemente scritto, le Regioni hanno la possibilità di stipulare convenzioni con le Università, così da integrare le esigenze didattiche e di formazione dei giovani medici laureandi o specializzanti con quelle assistenziali.

Non a caso lo stesso articolo 4, al I comma, nel disciplinare la costituzione in azienda dei soggetti soprariportati, richiede l'osservanza delle 'specifiche esigenze assistenziali, di ricerca scientifica, nonché di didattica del Servizio sanitario nazionale'.

4.3 I soggetti privati nel SSN

Si ricordi, fra i caratteri innovativi introdotti dalle riforme degli anni 90 del sistema sanitario, quello che riguardava il rapporto tra il privato ed il pubblico, in particolare, nell'erogazione dell'offerta sanitaria, e la nuova disciplina riguardante quest'ultimi.

Di fatti i decreti, succedutosi in un decennio, aventi ad oggetto la ristrutturazione del SSN hanno il merito di (ri)disciplinare la posizione dei soggetti privati, che ne escono notevolmente rafforzati.

In particolare, come si era già anticipato, la loro posizione viene elevata ed equiparata a quella dei soggetti pubblici, in modo da creare, principalmente per quel che riguarda le prestazioni sanitarie, un sistema di concorrenza fra i primi ed i secondi che è sugellato dal principio della libera scelta del cittadino del soggetto da cui farsi assistere.

Conseguentemente ogni soggetto operante, sia pubblico o privato, cercherà di offrire le proprie prestazioni alle migliori condizioni, orientando, anche indirettamente, la propria azione in rispetto ai criteri di economicità ed efficienza, così come auspicato, e richiesto, dal legislatore.

Ciò che ulteriormente cambia nella disciplina dell'ordinamento sanitario, sempre per porre i soggetti privati in condizioni di eguaglianza con quelli pubblici oltre che per riconoscerli tali, è il nuovo sistema di 'accreditamento' degli stessi, che sostituisce quello precedente convenzionale per entrare a far parte del sistema.

Si ricorderà che, di fatti, nel sistema attuale quello dei soggetti privati si configura come un vero e proprio diritto ad essere accreditati, se in possesso dei requisiti richiesti, dei quali la Regione verificherà l'esistenza.

Ovviamente, corollario naturale di queste novità, è la previsione di un regime di controllo delle Regioni sulle strutture private neo-ammesse nel sistema, oltre alla garanzia statale in merito alle prestazioni, in quanto i LEA dallo stesso stabiliti devono in ogni modo essere garantiti dalle Regioni nel territorio di competenza, indipendentemente che vengano erogati da soggetti pubblici o privati.

Le Regioni dovranno predisporre il PSR in maniera da assicurare i livelli essenziali di assistenza, grazie ad atti di coordinamento delle strutture, pubbliche o private che siano, dunque quest'ultime saranno anche limitate esternamente dall'obiettivo, ed obbligo, di fornire tali prestazioni necessarie.
Quanto appena detto trova la sua sintetizzazione nel sistema che la normativa prevede per l'ammissione del soggetti privati nel SSN, e viene comunemente chiamato 'il sistema delle tre A', in particolare Autorizzazione, Accreditamento ed Accordi contrattuali.
In questo sistema si permea l'intera rete di principi che hanno caratterizzato, e reso possibile, la riforma del SSN.

4.3.1 Il sistema delle tre A

La premessa, necessaria, per introdurre la disamina di questo sistema, è offerta dall'art.8-*bis* del d.lgs. 502/92, introdotto dal d.lgs.229/99, con cui il legislatore delegato di fine millennio ha avuto l'accortezza di definire i principi sui quali lo stesso si orienta e che sono stati sopradescritti.

L'articolo recita:

"1. Le regioni assicurano i livelli essenziali e uniformi di assistenza di cui all'articolo 1 avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8- quater, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8- quinquies.

2. I cittadini esercitano la libera scelta del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali. L'accesso ai servizi è subordinato all'apposita prescrizione, proposta o richiesta compilata sul modulario del Servizio sanitario nazionale.

3. La realizzazione di strutture sanitarie e l'esercizio di attività sanitarie, l'esercizio di attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale e l'esercizio di attività sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale sono subordinate, rispettivamente, al rilascio delle autorizzazioni di cui all'articolo 8-ter, dell'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-quater, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies".

Si vedano, dunque, singolarmente i momenti, e le condizioni, attraverso i quali i soggetti privati volenti subentrare nel SSN, possono essere ammessi.
Innanzitutto si veda la disciplina dell'Autorizzazione.
Essa ha ad oggetto 'la realizzazione di strutture e l'esercizio di attività sanitarie e sociosanitarie'[189].

In particolare, 'tali autorizzazioni si applicano alla costruzione di nuove strutture, all'adattamento di strutture già esistenti e alla loro diversa utilizzazione, all'ampliamento o alla trasformazione nonché al trasferimento

[189]Art.8-*ter* d.lgs. 502/92, I comma.

in altra sede di strutture già autorizzate'[190] e valgono solamente per determinati tipi di strutture, come ad esempio quelle che erogano prestazioni di ricovero ospedaliero; che erogano prestazioni di assistenza specialistica in regime ambulatoriale, ivi comprese quelle riabilitative, di diagnostica strumentale e di laboratorio; infine quelle che erogano prestazioni in regime residenziale, a ciclo continuativo o diurno.

A tutto ciò vanno aggiunti anche quelli che offrono servizi odontoiatrici.

Ora, tutto questo meccanismo si dispiega in diversi momenti, che fanno capo a diversi soggetti istituzionali, in particolare, ai Comuni e le Regioni che sono coinvolti maggiormente.

Ai primi è infatti richiesto di acquisire, 'nell'esercizio delle proprie competenze in materia di autorizzazioni e concessioni, la verifica di compatibilità del progetto da parte della regione'[191].

Tutto ciò è svolto tenendo conto del fabbisogno complessivo e della localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale.

Per quanto concerne le Regioni invece, esse hanno un duplice ruolo a tal riguardo, di fatti da un lato, con un atto di indirizzo e coordinamento assunto previa intesa con la Conferenza permanente, stabiliscono i requisiti che devono essere rispettati da queste strutture, dall'altro, per quel che riguarda la procedura autorizzativa *sticto sensu*, saranno loro a stabilire le modalità e i termini per la richiesta e l'eventuale rilascio della autorizzazione, oltre ad individuare le aree territoriali con eventuali carenze strutturali, così da unire l'ammissione di nuovi soggetti all'esigenza fondamentale di fruizione delle prestazioni sul territorio in maniera uniforme, senza lasciare indietro nessuno.

L'art.8-*quater* invece disciplina il regime dell'Accreditamento, che come si vedrà a breve è strettamente legato a quello degli accordi contrattuali da stipulare con i soggetti accreditati, in quanto entrambi sono condizioni per lo svolgimento delle attività di questi soggetti nel SSN. Anche in questa fase la Regione svolge un ruolo molto importante, in particolare per assicurare il rispetto dei principi di coordinamento ed uniformità dell'offerta sanitaria.

Di fatti, questo momento autorizzativo, si presenta sia come ulteriore verifica del possesso dei requisiti qualitativi che le strutture autorizzate devono possedere, ma anche come verifica della 'loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti'[192].

Questo controllo viene effettuato dalla Regione, per l'appunto, che ha come strumenti, per garantire il raggiungimento degli obiettivi preposti, l'individuazione del fabbisogno sanitario e delle funzioni sanitarie, che sono entrambi elementi inclusi nel PSR, che ribadisce la sua importanza.

Così facendo le strutture autorizzate che richiedono l'accreditamento avranno necessariamente una natura organizzativa ed operativa funzionali al raggiungimento degli obiettivi di politica sanitaria regionale.

[190] Art.8-*ter* d.lgs. 502/92, I comma.
[191] Art.8-*ter* d.lgs. 502/92, III comma.
[192] Art.8-*quater* d.lgs. 502/92, I comma.

La fase autorizzativa, di nuovo, si palesa come importante per il rispetto della programmazione regionale e della prestazione dei LEA.

Sarà, infine, sempre la Regione a rilasciare tale autorizzazione richiesta di soggetti, così finalizzando un ulteriore, indefettibile, passaggio per l'ammissione nel SSN.

Ciò che a questo punto occorre sottolineare è che, fermo restando che la disciplina appena esposta si applica sia a soggetti pubblici che privati, per i primi questa è obbligatoria, così da entrare a far parte del SSN, mentre per i secondi è facoltativa, poiché ottenuta l'autorizzazione all'esercizio delle attività sanitarie, non necessariamente devono entrare a far parte del SSN.

Il momento finale consiste nella stipula degli accordi contrattuali con le strutture.

In quest'ultima fase vengono concretamente applicate le condizioni affinché le strutture private, così come quelle pubbliche, rispettino gli indirizzi di politica sanitaria delle Regioni.

In particolare al II comma dell'art.8-*quinquies* viene fornita una lista di elementi che l'accordo contrattuale con i soggetti privati deve contenere:

"a) gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi;

b) il volume massimo di prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza;

c) i requisiti del servizio da rendere, con particolare riguardo ad accessibilità, appropriatezza clinica e organizzativa, tempi di attesa e continuità assistenziale;

d) il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate, globalmente risultante dalla applicazione dei valori tariffari e della remunerazione extra-tariffaria delle funzioni incluse nell'accordo;

e) il debito informativo delle strutture erogatrici per il monitoraggio degli accordi pattuiti e le procedure che dovranno essere seguite per il controllo esterno della appropriatezza e della qualità della assistenza prestata e delle prestazioni rese;

e-bis) la modalità con cui viene comunque garantito il rispetto del limite di remunerazione delle strutture correlato ai volumi di prestazioni"**.**

Questo momento è di fondamentale importanza per assicurare ai cittadini un'offerta sanitaria adeguata e rispettosa dei principi caratterizzanti il Servizio Sanitario Nazionale.

Infatti quanto appena detto è confermato dalla previsione che 'in caso di mancata stipula degli accordi di cui al presente articolo, l'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8- quater delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale interessati è sospeso'[193].

Si prova quanto sostenuto in precedenza circa la stretta relazione tra la fase di accreditamento delle strutture e quella della stipula di accordi contrattuali, che riguardano solamente i soggetti privati, in quanto con quelli

[193] Art.8-*quinquies* d.lgs. 502/92, comma 2-*quinquies*.

pubblici si tratta di meri accordi. In conclusione, i soggetti privati hanno ottenuto un modo più semplice per entrare a far parte del SSN, in condizioni di parità con i soggetti pubblici, così da auspicare, grazie ad un regime simil-concorrenziale, il miglioramento delle condizioni economiche delle prestazioni, che sembrerebbero, dunque, più accessibili e fruibili.

Dall'altro, il procedimento di controllo delle Regioni su tali soggetti, ed il rispetto che a quest'ultimi è richiesto circa le linee guida, ed i principi, statali che sono preposti al rispetto e perseguimento di quei caratteri propri del sistema sanitario, quali l'*universalità*, la *globalità* ed *uniformità* delle prestazioni ed, infine, l'*uguaglianza* di trattamento, costituiscono la garanzia di non violazione di quest'ultimi come conseguenza di un'ibridazione del sistema.

CAPITOLO II

1. Unione Europea e tutela della salute

La tutela della salute, e la conseguente disciplina sulla base della quale essa avviene, si presta ad una trattazione che non sia confinata nel territorio nazionale, bensì investa anche quello internazionale, e nello specifico, l'ordinamento dell'Unione Europea.

Come avviene per l'analisi circa la tutela della salute nell'ordinamento nazionale, bisogna partire da alcuni concetti di base, comuni ad entrambe le trattazioni, puntualizzando, però, quelle differenze dovute alle peculiarità proprie di ciascun ordinamento.

Si affronterà, dunque, in queste prime pagine, un'esposizione che ponga le basi metodologiche dello studio della tutela della salute nell'UE, partendo, specificatamente, dalla nozione di salute che può essere ritenuta valida all'interno della disciplina di diritto europeo, così come verrebbe fatto anche circa l'ordinamento nazionale.

Successivamente si procederà a verificare in che modo la salute, e la sua accezione, vengano declinate all'interno dell'UE, andando a prendere in considerazione i due settori nei quali si articola solitamente l'attività dell'Unione, che consiste sia in produzione legislativa tramite, principalmente, Regolamenti e Direttive, sia in politiche attive.

Si tratta, nello specifico, dei due settori di 'salute pubblica' e 'prestazioni sanitarie' nella sua più vasta accezione.

Già a riguardo conviene anticipare una differenza tra l'ordinamento italiano e quello europeo che determina una diversa metodologia.

Nell'ordinamento italiano si fa riferimento a questi due concetti non tenendoli distanti tra loro, come invece sarà necessario fare per quanto riguarda l'UE.

Il motivo sta nel fatto che, e si vedrà meglio in seguito[194], nell'ordinamento italiano, così come nella maggior parte degli ordinamenti nazionali degli Stati Membri dell'UE, 'l'accesso alle cure' e la 'salute pubblica', sono settori che fanno riferimento alle medesime competenze dello Stato.

S'intende che tra le competenze degli Stati vi è anche quella che riguarda la tutela della salute delle persone, e tale competenza, spesso legata ad altre sempre dallo Stato detenute, investe in maniera univoca sia il settore di 'salute pubblica' che 'l'accesso alle cure' i quali, non potendo essere sempre disgiunti facilmente, possono divenire un unico oggetto di studio.

[194] Si veda a tal riguardo il Paragrafo 2.

1.1. La nozione di 'salute'

1.1.1 Una visione d'insieme

Si cominci, come anticipato, con l'analizzare la nozione di salute sia nella sua forma più generale, vale a dire quella che fa riferimento ad altre scienze o settori di studio, come la medicina o la filosofia, sia nella sua forma più specifica, più consona ad aderire in una formula di diritto.

Volendo partire dalla sua accezione più generale, si dovrebbe tornare indietro, fino alla data che comunemente viene individuata come inizio della medicina, vale a dire il V secolo precedente all'anno zero, anche se 'l'atteggiamento umano di opposizione alla malattia ha sicuramente origini molto più lontane'[195].
In particolare si dovrebbe tornare al metodo d'Ippocrate per lo studio della malattia e proposizione della cura, che poi ha portato alla formulazione del comune 'Giuramento d'Ippocrate'.
Nel metodo proposto da Ippocrate, la fondamentale novità sta nel fatto che 'anche i medici cominciarono a pensare che se la malattia non era il prodotto delle intenzioni capricciose o vendicative di un dio, allora doveva avere cause naturali, e che queste potevano essere conosciute e comprese qualora fossero state indagate con un metodo corretto'[196].
Dunque la medicina, in particolare del corpo, diveniva una materia che per la prima volta veniva legata alla natura ed alla realtà umana, ma ciò che più interessa qui è che Ippocrate pone, in maniera del tutto originale, un concetto di guarigione della malattia.
Egli in particolare, tralasciando lo studio che compiva sui liquidi secreti del corpo, aveva un'idea chiara dello stato di salute, o per meglio dire di sanità, di un corpo, per cui ogni variazione da tale situazione era oggetto d'indagine, vale a dire di diagnosi e, se possibile, di cura.
Dunque sembrerebbe possibile riassumere quanto detto riconoscendo che dal metodo d'Ippocrate si può trarre una definizione di salute come assenza di malattie, come situazione di perfetto funzionamento dell'essere umano, inteso nella sua dimensione di vita normale[197].
Questa definizione tuttavia, per quanto valida e corretta, non merita di essere analizzata singolarmente, bensì dovrebbe essere accompagnata a quella che viene data dall'OMS, che è già stata citata nel capitolo precedente, e che corrisponde alla definizione inclusa nel suo statuto.

'La sanità è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in un assenza di malattia o d'infermità'[198], con queste parole la neocostituita OMS definisce il concetto di 'sanità',

[195] P. FIORI NASTRO, *Le origini del metodo medico*, p. 65, in D. COLAMEDICI A. MASINI G. ROCCIOLETTI, *La medicina della mente*, Roma, L'asino d'oro edizioni, 2011.
[196] P. FIORI NASTRO, *ibidem*, p.65.
[197] L'approccio appena riportato è, in fin dei conti, quello che si è ritenuto essere valido fino al secolo scorso, quando la medicina ha compiuto progressi importanti ini merito alla possibilità di curare le malattie e di ristabilire la condizione del corpo come prima del sopraggiungere della malattia.
[198] Costituzione dell'Organizzazione mondiale della Sanità.

compiendo dei passi in avanti molto importanti rispetto agli approdi precedenti, anche considerando le esperienze tragiche che ebbero luogo durante la II guerra mondiale.

Rispetto a quanto detto circa la definizione che si può estrapolare dal metodo ippocrateo, la differenza qui risiede nel porre l'attenzione sullo 'stato di completo benessere fisico, mentale e sociale', che dimostra una componente 'positiva' della situazione dell'individuo, nel senso che, la 'salute', o 'sanità', non si esaurisce con la mera assenza di malattie ma si realizza con la possibilità di godere della situazione di benessere, motivo per il quale è inserita anche la sfera sociale nel valutare lo stato di salute dell'individuo.

In tal senso, tale definizione è più congeniale allo studio che si sta compiendo rispetto ad un uso nel campo medico, in quanto l'assenza di benessere non deve necessariamente determinare l'intervento medico[199], altrimenti sarebbe troppo grande il rischio, da cui altri hanno messo già in guardia [MORANA], di un'eccessiva medicalizzazione dell'individuo, potendo sfociare in quello che viene definito 'accanimento terapeutico'.

Quanto detto circa la definizione dell'OMS, e qui si soddisfano le esigenze di chiarimento metodologico di queste prime pagine, essa è più funzionale ad uno studio che riguardi la salute e la sua tutela come destinataria di politiche ed atti legislativi, come si vedrà di quelli dell'UE in tale settore.

Politiche ed atti legislativi che non posseggono, invece, le attenzioni ed i contenuti di un atto medico, il quale deve tener conto anche del concetto di malattia.

Tutto ciò non si aggiunge alla vasta letteratura in merito[200], bensì si prefigge di definire un punto di vista ulteriore, poiché l'incertezza, in particolare a causa della mancata presa di posizione a riguardo, non facilita l'identificazione della nozione di 'salute' che è la base per poter svolgere una corretta analisi della disciplina stessa.

In piena conformità con la letteratura, molti sono divisi tra una visione più positivista del concetto di salute, tornando così ad Ippocrate, ed una visione più etico-filosofica, con tutte le sue accezioni, che, riprendendo invece la definizione dell'OMS, sembrerebbe essere troppo politica, di fatti '*the WHO definition risks turning all of social philosophy and social policy into health care'*[201].

I timori che si generano da una definizione così ampia come quella dell'OMS sono ampiamente giustificati, tanto che la stessa Organizzazione nel tempo ha voluto cercare delle definizioni più aderenti e precise, in particolare di cosa si intendesse con 'completo benessere', data la sua possibile ampiezza interpretativa.

---

[199] Il Giuramento di Ippocrate non a caso è rito tipico dei medici che iniziano l'esercizio della professione, poiché il metodo dal quale discende, ed il concetto di malattia e cura che fa proprio, devono orientare l'intervento curante più dell'astratta definizione generale che viene data dall'OMS.

[200] Considerando le ricerche circa la nozione di salute nell'UE si faccia riferimento a A. DE RUIJTER, *EU health law & policy: The expansion of EU power in public health and health care*, p. 52 ss., Oxford, Oxford University Press, 2019; anche a T. K. HERVEY J. V. MCHALE, *European Union health law*, p. 10 ss., Cambridge, Cambridge University Press, 2015, ma anche, come testo italiano A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 19 ss.

[201] N. DANIELS, *Just health: meeting health needs fairly*, p. 37, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

La risposta giunge con la Carta di Ottawa del 21 novembre 1986 con la quale si stabilisce che ‘per raggiungere uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, un individuo o un gruppo deve essere capace di identificare e realizzare le proprie aspirazioni, di soddisfare i propri bisogni, di cambiare l’ambiente circostante o di farvi fronte’.

L’identificazione del concetto è più ristretta grazie a tale definizione, ma ciò che rimane ancora fermo, anche in questa, è l’attenzione che viene posta sull’individuo, oltre che su un gruppo sociale.

Di fatti, la visione individualistica assunta per individuare la concezione del ‘benessere’, come quindi l’individuo lo intende, è fondamentale per evitare i rischi paventati rispetto alla definizione precedente dell’OMS, in particolare, assumendo come lente questa visione si dà la possibilità di rispettare la sfera di libertà e di volontà di un soggetto, neutralizzando, ad esempio, i rischi di ‘accanimento terapeutico’.

Sulla base di questa visione, non a caso, è stato possibile istaurare un discorso riguardante gli spinosi temi della cessazione del trattamento sanitario, sia nella sua forma attiva che passiva, e sempre su questa, ha assunto un’importanza, sempre più riconosciuta a livello internazionale, il principio del ‘consenso informato’ come strumento del paziente, oltre che per istaurare un rapporto di fiducia con il medico, per autodeterminarsi.

Il ruolo centrale dell’individuo permette di prendere in considerazione la sua visione personale di benessere, ponendola come faro per orientare il percorso sanitario, da un lato, e come obiettivo dello stesso, dall’altro.

In pratica il *mezzo* ed il *fine* del percorso.

Ora si vuole cercare di compiere un passo avanti verso la chiarezza, poiché nella letteratura, come si diceva, queste due visioni appena enunciate sono sempre viste in maniera contrapposta, esclusiva, per cui l’aderenza ad una escluderebbe la validità dell’altra.

Invece qui si vuole proporre una nozione diversa, che, partendo da entrambe, e facendo propri gli aspetti positivi oltre che rilevanti di ciascuna, ne costituisca una perfetta sintesi, ma anche una nuova proposizione.

Di fatti, come vagamente anticipato, delle due definizioni appena date, alcuni aspetti risultano importanti, per cui non appare vantaggioso porle in una comparazione basata su una contraddizione reciproca, quando invece unendole, si possono evidenziare aspetti nuovi capaci di dare nuova linfa al concetto di ‘salute’, o ‘sanità, così da ravvivare il diritto alla salute, in generale.

Più in particolare, della definizione di sanità, come evincibile dal pensiero Ippocrateo, va sottolineata, e considerata, la capacità di soddisfare le esigenze di chiarezza nello stabilire quando si è in una condizione di assenza di malattie, anche se non esaurisce l’universo dello stato di ‘sanità’.

Dall’altra parte, il concetto di ‘salute’ e ‘benessere’ così come stabilito dall’OMS, invece, risponde alle esigenze diametralmente opposte, nel senso che per quanto sia poco chiara, come definizione, se inserita in un ambito più medico, può aiutare a districarsi nell’individuare il concetto di benessere come inteso dal paziente, e quindi a dargli risposte più soddisfacenti nell’ambito terapeutico.

Inoltre i due orientamenti non devono essere messi in contrapposizione per un'altra ragione molto importante.

Il concetto di 'salute', come inteso da Ippocrate, fa riferimento il più delle volte, anche se non sempre, ad una visione più fisica e materiale del diritto alla salute.

La definizione dell'OMS, invece, prende in considerazione anche l'aspetto mentale dell'individuo, e lo fa anche esplicitamente.

Contrapporre le due visioni del concetto di 'salute' non appare corretto perché si ricadrebbe nella classica distinzione tra realtà fisica e mentale dell'essere umano, così come è da millenni, i particolare dalla nascita del modo di pensare dei filosofi greci presocratici.

Realtà mentale e realtà fisica dell'individuo sono legate, oltre che coincidenti.

Continuare a perpetuare questa differenza sarebbe rischioso, in ambito accademico, in quanto si potrebbe continuare a giustificare manifeste confusioni circa il concetto di salute[202].

Invece, dato che le due realtà, fisica e mentale, non sono scisse e anzi affinché vi sia una situazione di 'salute' esse devono essere fuse, anche le due definizioni, che possono essere viste come rispondere meglio ad una più che all'altra realtà, vanno lette congiuntamente.

Divise sarebbero molto più astratte come definizioni, di fatti, la visione di Ippocrate, per quanto forte della sua sinteticità e chiarezza, non può soddisfare le esigenze della scienza medica moderna, dove molte prestazioni sono oramai staccate dalla mera presenza di una malattia.

Tale visione rimane una guida importante, di sicuro, per la scienza medica.

La definizione dell'OMS, invece, ha dei confini, come si diceva, troppo larghi, per cui appare difficile sostenere una lesione del bene 'salute' se manca uno stato di benessere come auspicato, quando la realtà però dell'individuo non è compromessa.

Le due visioni insieme aiutano a sintetizzarne una nuova che può costituire la base per l'affermazione di un bene 'salute'/'benessere' fondamentale per rifondare una nuova socialità, ed un nuovo modello sociale.

Nel corso delle pagine seguenti si vedrà come la salute sia spesso contrapposta ad esigenze economiche, che alcune volte la vedono soccombente rispetto a quest'ultime.

Invece è importante affermare l'importanza della 'salute' come corollario di una vita dignitosa.

Volendo ora rispondere ad una necessità di chiarezza, si vuole qui sostenere che è necessario prendere in considerazione sia la realtà mentale che fisica di un essere umano quando si attuano politiche che lo riguardano.

---

[202] Il riferimento in questo caso è ai casi di omicidio efferato o di violenza sulle donne, di cui le notizie di tutti giorni sono piene, dove la ricerca di un movente è di difficile individuazione, in quanto si ignora la realtà mentale. In particolare, per essere chiari, si prenda l'uso improprio del termine *'raptus'* per identificare la ragione di un omicidio. Non va dimenticato, altresì, che le modalità in cui questi crimini vengono compiuti sono basati su modalità squisitamente lucide, per cui un individuo è 'presente' a se stesso, oltre che in ottima forma fisica, e compie tali violenze. Si deve pensare, quindi, che ciò che non funziona è la mente umana se intesa come capacità di rapportarsi con la realtà umana dell'altro. Altrimenti non si viene mai a capo di questi atrocità, perché concentrandosi solo sulla visione materiale e fisica non si ravvisano criticità poiché l'omicida è lucido e prestante fisicamente.

Nell'UE è innegabile, se comparato a molti altri Stati, l'elevato livello della qualità di vita, se intesa solo in senso materiale.

Di fatti, si vive in un ambiente di pace, vi sono modelli sociali differenti, ma in grandi linea soddisfacenti, lavoro e realtà economiche che non si possono disprezzare, tuttavia il benessere non è costituito dalla realtà materiale ed economica della vita, così come la 'sanità' non è costituita dalla mera assenza di malattie, o dalla sola presenza di benessere fisico.

È necessario che tutte le politiche dell'Unione, in cui 'è garantito un livello elevato di protezione della salute umana'[203], considerino questo aspetto mentale dell'essere umano in quanto facente parte della sua natura, e della sua realtà di 'salute'.

Si deve quindi immaginare che uno sbilanciamento troppo a favore di istanze economiche non sia soddisfacente di questo aspetto, per cui ai vantaggi, che si chiamino come bisogni materiali, che gli esseri umani possono trarre dai benefici del mercato interno e dalla sua solidità economica, va anche aggiunta la soddisfazione delle esigenze, identificabili come quelle 'cose fatte per niente', senza interessi economici, o secondi fini[204].

Se questa visione dell'essere umano entrasse a far parte del concetto di 'salute'/'benessere' allora sarebbe molto più facile sindacare le azioni dell'Unione che, ai sensi dell'art. 168 TFUE, dovrebbero garantire un elevato livello di tutela della stessa in ogni politica da essa attuata o definita.

L'istanza mercantilistica dell'UE troverebbe, finalmente, una rimodulazione, in favore della riscoperta delle norme, per altro già esistenti, che permetterebbero di mettere in piedi un modello di *welfare state* europeo, non irrealizzabile.

L'Unione non sarà più, solamente, 'uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone'[205], bensì sarebbe un luogo dove i cittadini, oltre a quanto detto, possono essere liberi di realizzare se stessi, sfruttare gli strumenti di questo spazio così da realizzare un benessere non solo economico, bensì anche, e forse primariamente, personale.

Nondimeno, la stessa Unione è basata su queste idee, essa 'si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli'.

È necessario, dunque, distaccarsi da una visone antropologica di *homo oeconomicus*, che permea, anche correttamente da un certo punto di vista, le regole del mercato interno, per promuovere una visione di essere umano irrazionale, in cui la libertà e l'uguaglianza siano risultati naturali nella società, in quanto

[203] Art. 168 TFUE, I comma.

[204] Si tratta di cambiare il paradigma del c.d. *homo oeconomicus*, basato sul ritenere l'essere umano solamente costituito sula realtà materiale, per cui interessato a bisogni materiali. Si deve invece passare ad una nuova antropologia, che rifiuti il pensiero greco nella misura in cui ritiene l'uomo scisso, che invece si basi sull'uomo irrazionale, dove, altresì, maggiore importanza abbiano donne e bambini, in quanto in loro la manifestazione dell'irrazionalità è molto più forte.

[205] Art. 3 TUE, II comma.

l'uguaglianza degli esseri umani è biologica, data la dinamica della nascita (in cui appunto, realtà fisica e mentale sono fuse)[206].

1.1.2. La 'salute' nel diritto europeo

Da una definizione generale di 'salute' si passi ora a cercare la sua declinazione all'interno delle fonti del diritto europeo, in particolare facendo riferimento alle fonti, così dette, primarie del diritto, vale a dire i Trattati, il Trattato sull'Unione Europea (TUE) ed il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Il termine 'salute' compare diverse volte all'interno di entrambi i Trattati, anzi, nel TFUE al tema della sanità viene anche attributo un Titolo specifico.

A tal riguardo, l'articolo 168 nel Titolo XIV TFUE è quello che viene dedicato alla 'sanità pubblica', ed in particolare al I comma si dedica attenzione specificatamente alla 'salute umana'.

Nonostante ciò sono molte altre le disposizioni, anche dello stesso articolo che però fanno riferimento alla 'sanità pubblica', facendo sembrare come se i due termini siano differenti e facenti capo a due ambiti diversi. Purtroppo non viene in aiuto alcuna definizione certa data nei Trattati, bensì occorre verificare, interpretando, qual è la nozione più consona e voluta.
Oltre al Titolo XIV del TFUE in altri articoli troviamo un riferimento alla salute, si parta, ad esempio, dall'art. 4 TFUE che nell'elencare le varie competenze concorrenti tra Stati membri ed UE recita espressamente alla lettera *k)* 'problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica'. All'art. 6 del TFUE invece, circa le materie in cui l'UE svolge 'azioni intese a sostenere, coordinare e completare l'azione degli Stati membri' è espressamente previsto, alla lettera *a),* la 'tutela e miglioramento della salute umana'.

La stessa viene ripresa anche nell'art.9 TFUE, mentre invece nell'art.36 TFUE, che riguarda i casi di giustificazioni alle restrizioni quantitative fra gli Stati membri, viene fatta menzione della più generale motivazione 'tutela della salute'.
L'art.36 TFUE costituisce un'importante fonte, dato che si tratta di una causa di giustificazione a misure ed atti degli Stati membri che limitano una libertà fondamentale dell'UE, in questo caso la libera circolazione di beni.

[206] Per maggiori approfondimenti rimando e consiglio la lettura dei testi di Massimo Fagioli, che ha scoperto la dinamica della nascita umana, ed ha, per l'appunto, scoperto come dalla realtà biologica si generi la realtà mentale, per cui esse sono fuse nel momento dell'inizio 'del tempo della vita' (LEFT 5 marzo 2016) e dovrebbero rimanere tali anche nel corso dell'esistenza umana.

Si vedano dunque altri articoli dello stesso calibro, in particolare gli artt. 45 e 52 TFUE che riguardano le cause di giustificazioni a misure restrittive la libertà di circolazione dei lavoratori e del diritto di stabilimento.
In entrambi i casi si fa espresso riferimento alla 'sanità pubblica', a differenza della più vasta nozione di 'salute'.
L'ultimo settore che riguarda le libertà fondamentali dell'Unione è la libera circolazione dei servizi. In particolare l'art. 62 TFUE fa capo alle norme del diritto di stabilimento come applicabili alla libera circolazione dei servizi, per cui anche in questo caso la 'sanità pubblica' viene applicata.
Come si vede, dunque, la nozione di salute non è esclusiva, viene spesso accompagnata dalla dizione 'sanità pubblica', fermo restando, ad ogni modo, che a quest'ultima è attribuito un Titolo specifico. Ciò porterebbe a pensare che quindi i due concetti siano diversi, e di conseguenza avrebbero dei significati differenti.
Di questa visione è Ellen Vos[207], la quale distingue tra le due nozioni di 'salute umana' e 'sanità pubblica', specificano, altresì, che la seconda è da intendersi in una maniera molto ristretta, poiché si riferisce solamente alle strategie imposte dagli Stati per evitare il contagio ed il dilagare di malattie ovvero di ridurre i rischi provenienti da attività di rischio, quali le droghe, il fumo, l'alcool.

Di una visione diversa è invece la de Ruijter, la quale si discosta da quanto detto circa la Vos e stabilisce che 'while references to human health and public health appear throughout the Treaty, the terms are used interchangeably, in both cases referring to the protection of the *health of the population* as a legitimate objective for public policy in the context of Union law'[208].
Ella ritiene che la nozione di 'sanità pubblica' e 'salute umana' siano parte della stessa sfera di competenza di uno Stato, nel senso che nel perseguire delle politiche di 'sanità pubblica', tutela anche la salute umana. Ciò non sembra discutibile, da un certo punto di vista si può dire che i due termini siano facce di una stessa medaglia, che sarebbe, di nuovo, il benessere e lo stato di salute dei cittadini (europei).
Si potrebbe dire che uno include l'altro, poiché anche intendendo la 'sanità pubblica' come un concetto distante dalla 'salute umana', quest'ultima ad ogni modo andrebbe ad includere la prima definizione, poiché la 'sanità pubblica', si ribadisca, ha come fine la tutela, ed anche il miglioramento, della 'salute umana'.
Per cercare una risposta si prendano in considerazione anche alcune decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), nelle quali si è trovata a dover risolvere dei casi che riguardavano sia la libera circolazione di beni che di servizi, i quali, come si ricorda, hanno cause di giustificazione, diverse secondo la Vos, in particolare, nel primo caso, la 'tutela della salute', mentre nel secondo la 'sanità pubblica'.

[207] Si veda in tal senso E. VOS, *Institutional framework of community health and safety regulation: Committees, Agencies and private bodies*, Oxford, Hart Publishing, 1999.
[208] A. DE RUIJTER, *op. ult. cit.*, p.56.

Si vedano dei casi la cui trattazione tornerà utile anche nel futuro, in particolare *Decker V. Caisse de maladie des employés prives*[209], una domanda pregiudiziale rivolta alla Corte.

Senza anticipare quanto verrà detto successivamente, è utile in questo momento dire che la Corte doveva decidere se la misura imposta dal Lussemburgo di ottenere una autorizzazione, per ottenere il rimborso delle spese sostenute dal paziente iscritto al servizio previdenziale, potesse limitare la libera circolazione dei beni, che nel caso specifico erano degli occhiali da vista.

Nello svolgimento del caso i Governi difendenti invocarono anche la giustificazione della tutela della salute a sostegno della misura richiedente l'autorizzazione, in particolare assicurare di 'avere accesso a cure di qualità'[210].

La Corte alla fine non riscontrò la giustificazione sussistente, ma ciò che rileva è che in questo caso, circa la circolazione dei beni, la 'sanità pubblica' faceva riferimento alla tutela della salute dei cittadini, nonostante avesse ad oggetto beni che avessero diretto riferimento alla 'salute umana'.

C'è poi il caso *Kohll V. Union des caisses de maladie*[211]che invece concerneva una misura imposta da uno Stato, e si chiedeva alla Corte, di nuovo con una domanda pregiudiziale, se essa potesse limitare la libera circolazione, in questo caso, dei servizi.

Anche a questo caso verrà dedicata maggiore attenzione successivamente data la sua importanza ed il suo contenuto innovativo nella giurisprudenza della Corte riguardante la tutela dalla salute, basta intanto anticipare che nello stesso, la Corte, ha riconosciuto l'attività principale della disputa, vale a dire lo spostamento da uno Stato membro ad un altro per ricevere una prestazione sanitaria da un professionista come l'erogazione di un servizio, perciò rientrante nella disciplina delle libertà fondamentali.

Al termine del suo ragionamento la Corte si è trovata a dover giudicare se la misura, una volta riconosciuta come soggetta alla disciplina della libera circolazione dei servizi, ha dovuto risolvere il nodo della possibile giustificazione della stessa.

Si trattava, anche in questo caso, della previsione di richiedere ed ottenere, da parte del paziente, un'autorizzazione dell'autorità dello Stato di residenza affinché egli fosse titolato a ricevere il rimborso della prestazione sanitaria che, se si fosse compiuta nel primo Stato sarebbe stata rimborsata senza previa autorizzazione.

Come si ricorderà, una giustificazione alla limitazione della libertà di circolazione dei servizi è la 'sanità pubblica'.

In particolare, gli Stati difendenti, avevano dichiarato che i motivi, per cui era possibile giustificare la previsione di tale autorizzazione, stavano nella necessità di tutelare la 'sanità pubblica', nel senso sia di

[209] Corte di Giustizia Europea Sentenza 28 aprile 1998, C-120/95.
[210] Par. 41, C-120/95.
[211] Corte di Giustizia Europea Sentenza 28 aprile 1998, C-158/96.

garantire ai cittadini un servizio di qualità e sicuro, garantito dal rilascio apposito dell'autorizzazione, sia preservare il servizio medico-ospedaliero così da garantire cure accessibili a tutti.

La Corte rigettò entrambe le motivazioni.

Rispetto alla prima, ritenne che dato che operava il mutuo riconoscimento dei titoli (medici) tra gli Stati membri non c'era timore di ritenere che un professionista abilitatosi all'estero fosse meno preparato di uno domestico; circa la seconda motivazione occorre riportare interamente il passaggio della decisione in cui stabilisce che 'quanto all'obiettivo di conservare un servizio medico-ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti, […], esso può parimenti rientrare nel regime di deroghe giustificate da ragioni di sanità pubblica previsto dall'art. 56 TEC in quanto contribuisca alla realizzazione di un livello elevato di tutela della salute'[212].

Quanto appena stabilito è fondamentale per concludere il discorso in merito all'individuazione della nozione di 'salute' nel diritto europeo.

Riprendendo anche le opinioni precedentemente riportate, si può essere più vicini alla de Ruijter quando riconosce che 'in both cases (terms 'public health' and 'human health') referring to the protection of the *health of the population* as a legitimate objective for public policy in the context of Union law'[213].

Le due nozioni di 'salute' che si trovano sono quasi del tutto sovrapponibili, nel senso che anche se non riconosciute come identiche hanno, in conclusione, obiettivi che sono connessi fra di loro.

Per esigenze di chiarezza si può giusto esporre una differenza rispetto a quando la stessa autrice riconosce che i due termini siano intercambiabili, poiché, adottando una sorta di criterio teleologico, i due termini vengono utilizzati individuando due diverse intenzioni, le quali però sono talmente legate che ella ha ragione, ad ogni modo, quando riconosce che si riferiscono allo stesso obiettivo.

Quanto appena detto si può sostenere anche prendendo in considerazione i casi della Corte appena riportati.

Di fatti, con 'sanità pubblica' s'intende, solitamente, l'insieme di elementi che orbitano intorno alle competenze dello Stato, sulla base delle quali lo stesso deve porre in essere delle campagne e delle politiche che abbiano il fine di tutelare e migliorare la 'salute umana'.

Ciò è visibile in entrambi i casi, nel primo, l'interesse era quello di garantire la sanità, teoricamente, neutralizzando i rischi del libero commercio dei beni, mentre nel secondo adottando un vero e proprio controllo sulle attività sanitarie stesse.

Del secondo caso si riprenda il passaggio riportato vedendo come la Corte distingue tra la ragione di giustificazione, la 'sanità pubblica', e l'obiettivo finale e primario delle azioni degli Stati, e dell'UE, la tutela della 'salute umana'.

[212] Par. 50, C-158/96.

[213] A. DE RUIJTER, *op. ult. cit.*, p.56.

Questo dimostra una leggera differenza che permette di provare come i due termini non siano del tutto intercambiabili, bensì abbiano un significato diverso, ma siano comunque strettamente legati se si parla di politiche, in particolare quelle che rientrano nel concetto di 'sanità pubblica'[214], poiché il bene che si cerca di tutelare con le azioni e le scelte politiche ascrivibili al settore, più o meno ampio e (in)definito, di 'sanità pubblica' è il medesimo.
Questa leggera differenza, per quanto di poco conto possa apparire, permette di aggiungere un tassello alla metodologia per capire l'ordinamento europeo e la tutela della salute ivi prevista.

1.2 I due settori per la tutela della salute: 'sanità pubblica' e 'prestazioni sanitarie'

La differenza appena sottolineata circa 'salute umana' e 'sanità pubblica' può essere utile per affrontare l'analisi dei due settori in cui le politiche e l'attività legislativa dell'Unione Europea sono state maggiormente invasive ed efficaci.

Si tratta dei settori della 'sanità pubblica' e delle 'prestazioni sanitarie'.

1.2.1 La 'sanità pubblica'

Per prima cosa si veda il settore della 'sanità pubblica', il quale è già stato ampiamente introdotto, per cui non si può nascondere una certa rilevanza all'interno dell'ordinamento europeo.
Occorre, tuttavia, declinare meglio cosa si intende con tale definizione, o meglio, svelare quali ambiti siano compresi all'interno della stessa.
Quando si parla di 'sanità pubblica', e ciò si ripeterà anche in seguito, si potrebbe essere tentati di includere ogni aspetto della vita all'interno della definizione, poiché, neanche del tutto erroneamente, si può sostenere che con quasi tutti gli aspetti in cui si articola la vita di un individuo c'è un collegamento anche indiretto con la salute e con la sua tutela.
In altre parole, facendo coincidere la salute con il benessere di un soggetto, si può riscontrare in numerosi settori, anche non direttamente legati a fattori di rischio per la salute e l'incolumità, un'occasione per la tutela della stessa, grazie a discipline che riguardano la collettività.
Questa posizione è spiegata anche dalla de Ruijter che ha riscontrato come 'at the same time, health policy generally is a cross-cutting policy area in that it is highly affected or shaped by other sectors of public policy

[214] Nel concetto di sanità pubblica possono essere fatte rientrare tutte quelle competenze che lo Stato, prendendo in considerazione l'ordinamento italiano, ha mantenuto a scapito del passaggio di competenze avvenuto negli anni 90. Si pensi al controllo sui farmaci, alla loro immissione sul mercato, al controllo sul cibo, alla profilassi internazionale, l'attività zoofila e veterinaria. Si tratta di obblighi dello Stato del cittadino per la tutela del diritto alla salute che esso vanta, quindi la tutela della salute è il fine di quest'obbligo dello Stato, che rientra nella categoria di politica sanitaria.

such as environmental policy, social policy, economic regulation, and internal and foreign security policy'[215].

Nondimeno, questa visione sembrerebbe sostenibile anche grazie ad una lettura del citato art.168 TFUE, che è incluso nel Titolo XIV che riguarda esattamente la 'sanità pubblica'.

Da un lato, nel primo capoverso del I comma, si stabilisce come la tutela della salute umana debba essere un obiettivo, se non un cardine, di ogni politica che viene assunta o compiuta a livello europeo, esondando quindi dalla semplice definizione di 'sanità pubblica', per cui, come si diceva in precedenza, sembra corretto pensare che quanto stabilisce il I comma sia un concetto diverso da quello di 'sanità pubblica', oltre che riprovare che quest'ultima possa altresì essere inclusa in ogni aspetto della vita; dall'altro si ha il capoverso successivo, sempre del I comma che stabilisce:

"L'azione dell'Unione, che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale. Tale azione comprende la lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro prevenzione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria, nonché la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero".

I confini che vengono individuati sono molto ristretti in questo caso, andando a tracciare un filo diretto tra la tutela della 'sanità pubblica' ed ambiti d'intervento ad essa molto inerenti, come sono la 'prevenzione delle malattie e affezioni e le fonti di pericolo della salute fisica e mentale'.

E nondimeno, continuando con la disamina dell'art. 168 TFUE, si può dare maggiore forma sia agli ambiti che possono essere inclusi nella macro-area di 'sanità pubblica', sia all'azione dell'UE stessa in tali settori.

Di fatti, senza voler anticipare nulla in merito alle competenze dell'UE in tale ambito, bisogna riportare un ulteriore passaggio:

"In deroga all'articolo 2, paragrafo 5, e all'articolo 6, lettera a), e in conformità dell'articolo 4, paragrafo 2, lettera k), il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, contribuiscono alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo, adottando, per affrontare i problemi comuni di sicurezza:

a) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; tali misure non ostano a che gli Stati membri mantengano o introducano misure protettive più rigorose;

b) misure nei settori veterinario e fitosanitario il cui obiettivo primario sia la protezione della sanità pubblica;

c) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico"[216].

In questo caso sembra possibile individuare e definire delle aree d'intervento specifico che riempiono di contenuto la definizione 'sanità pubblica'.

[215] A. DE RUIJTER, *op. ult. cit.*, p.59.
[216] Art. 168 TFUE, IV comma.

Un ulteriore chiarimento giunge anche dal comma V dello stesso articolo, che si ricollega al II capoverso del I comma che è soprariportato, e che recita:

"Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, possono anche adottare misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, in particolare per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, e misure il cui obiettivo diretto sia la protezione della sanità pubblica in relazione al tabacco e all'abuso di alcol".

Come nel capoverso di cui sopra, la menzione che crea un collegamento è quella circa i grandi flagelli, e quelle minacce, dunque, atte a propagarsi in maniera transfrontaliera, e nello specifico, l'articolo si assume l'onere di specificare settori quali alcool e tabacco, che saranno, il secondo in particolare, fondamentali per valutare e studiare l'azione dell'UE nella materia della 'sanità pubblica'.

Non si esauriscono chiaramente qui gli ambiti nei quali l'Unione è intervenuta per tutelare la 'sanità pubblica', bensì ha avuto modo di agire in ambiti ben lontani da quelli appena elencati, tanto che la stessa de Ruijter ha rilevato come la politica dell'Unione intesa a tutelare la salute abbia investito ambiti come il mercato interno, l'ambiente, l'agricoltura.

Proprio in tal ultimo settore troviamo la prima vera azione dell'UE che può essere assunta a politica inerente alla tutela della 'sanità pubblica'.
Questa possibilità era anche facilitata dal fatto che l'art. 32 TEC (ora 38 TFUE), definiva l'agricoltura e la pesca come settori soggetti ad una politica comune dell'Unione, la quale quindi aveva maggiore possibilità di perseguire politiche che investissero, anche, la 'sanità pubblica'.
L'interesse in questo settore, tuttavia, non riguardava solamente i suoi aspetti peculiari, quali, ad esempio, il metodo di coltivazione dei prodotti agricoli, o ittici, ovvero la loro conservazione.
L'azione dell'Unione Europea in tale settore si è arricchita nel tempo, anche grazie ad un'adeguata struttura amministrativa, andando ad investire ulteriori ambiti di competenza, non affini del tutto all'agricoltura, come per esempio hanno fatto, ed i risultati sono poi contestabili, le decisioni della Commissione circa l'obbligo di compiere dei test alla carne ed al latte di origine bovina contro la tubercolosi[217], tramutatesi successivamente in vere e proprie Direttive dirette ad armonizzare le legislazioni degli Stati membri in materia di *food safety*.
Per poter avere un'idea più chiara di come questo settore abbia esulato dalla mera competenza circa gli aspetti tecnici dell'agricoltura e della pesca, bisogna prendere in considerazione l'evoluzione, anche amministrativa, dell'azione dell'UE[218].

[217] La presenza nelle carni o nel latte di questa malattia costituì una grave minaccia per la 'sanità pubblica', per cui un'azione si dimostrò necessaria e non rimandabile.
[218] Dal punto di vista amministrativo l'Unione Europea è caratterizzata dalla presenza di numerose Agenzie, ed allo stesso tempo si contano vari Comitati per quel che riguarda le scelte e le valutazioni tecniche che supportino quelle politiche. Il settore della

Il caso della tubercolosi è già un valido esempio, ma basta prender visione del 'Piano Strategico' (in tal caso 2016-2020) che viene redatto dal Direttorio Generale (for health and food safety) della Commissione in materia di *Health and Food Safety*, per avere una visone maggiore dei settori d'intervento da parte dell'UE. Nel Piano, il quale ultimo fu emanato nel 2017[219], sono elencati gli obiettivi, le priorità e le strategie per il loro raggiungimento, che l'UE si prefigge.

Le materie ivi incluse provano quanto si diceva poc'anzi circa i settori includibili nella definizione di 'sanità pubblica', di fatti queste coincidono, tendenzialmente, con quelle dell'art. 168 TFUE, quindi il settore farmaceutico, tecnologie in ambito medico-sanitario per prevenire i rischi da 'flagelli' di carattere transnazionale, così come, e qui il riferimento è all'art. 38 TFUE, i cibi e mangimi.

Il settore della politica agricola ha il vanto di contare la prima azione da parte dell'UE, sia perché il Trattato forniva una base giuridica per sostenere la politica, sia perché l'agricoltura, considerando che si trattava degli anni 60, era il settore, del neo-mercato unico, in cui avvenivano i primi liberi scambi[220], dal quale potevano giungere maggiori minacce (indirette) alla 'sanità pubblica'.

A questo poi fanno seguito numerosi altri settori d'intervento che, come detto dalla de Ruijter, si riferiscono anche al mercato unico ed all'ambiente, ma a questi si possono sommare, altresì, le azioni riguardanti il tabacco, come citato dall'art. 168 TFUE, o malattie di portata sovranazionale.

Il concetto di 'sanità pubblica', si vuole ribadire, è quindi dotato di confini incerti, non definiti e rigidi, così da essere una formula sempre pronta ad essere adattata al cambiamento della realtà, delle tecnologie e delle innovazioni, così da fornire l'UE di uno strumento per rispondere in maniera veloce ad ogni nuova minaccia alla 'sanità pubblica' che si presenti, nelle sue diverse forme.

Con ciò non si vuole aderire a quanto detto dalla Vos, e soprariportato, per cui la 'sanità pubblica' fa riferimento solo a qui settori che lei identifica specificatamente e che sono gli stessi, tra i vari, riportati nell'art. 168 TFUE.

È innegabile che l'Unione abbia assunto azioni, e si è appena detto, anche al difuori di quei settori, perseguendo tuttavia ancora finalità inerenti alla 'sanità pubblica', perciò, come la de Ruijet sottolinea, non è una visione condivisibile.

Della Vos però va citato il fatto che separi tale concetto da quello di 'salute umana' che la seconda autrice vede come uguale a 'sanità pubblica', bensì, si è detto, il primo è più un obiettivo e non un ambito

---

Politica Agricola Comune è il primo ad essere stato caratterizzato dalla presenza ed inclusione di tali organismi, ed oggi esiste un'agenzia, l'*European Food Safety Authority* (EFSA).

[219] Si veda il *Management Plan 2017, DG Health and Food Safety*.

[220] Il tema della *Common agricultural policy* è importante ed interessante anche per comprendere le origini dell'UE e quindi l'Unione stessa. Quando fu costituita i Paesi erano molto poveri e l'agricoltura costituiva la primaria forma di sostentamento a riguardo, perciò porla in una politica comune era una scelta lungimirante (il governo rancese fu quello che esercitò maggiori pressioni) che aveva lo scopo di portare il cibo sulla tavola di tutti gli europei. Per degli approfondimenti si veda meglio E. MOSSIALOS G. PERMANAND R. BAETEN T. HERVEY, *Health Systems Governance in Europe: the Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

necessariamente di competenza come può essere il secondo, al quale fanno, eventualmente, capo degli ambiti di operatività, e si diceva dell'agricoltura, del tabacco, ecc.

Infine, cercando di dare una maggiore composizione del concetto di 'sanità pubblica', che non pare atto a farsi ridurre ad una lista di settori di rilevanza, bisogna riprendere quanto si diceva nel capitolo precedente, in particolare quanto posto a piè di pagina.

Il concetto di 'sanità pubblica', per quanto inscindibile spesso da quello di 'salute umana', può essere, ad ogni modo, ascritto a quelle situazioni giuridiche di rapporto tra pubblico e privato, nel senso che la 'sanità pubblica' prevede sempre un obbligo gravante su uno Stato nei confronti degli individui, destinatari delle scelte politiche, conseguentemente delle decisioni ed azioni di uno Stato, che mirino alla tutela di quest'ultimi.

Gli ambiti sono poi i più diversi, e volendo fare un parallelismo con l'ordinamento italiano, sono diverse le competenze che lo Stato italiano, nonostante il trasferimento di competenze alle Regioni, detiene per tutelare il diritto alla salute dei cittadini.

Esso di fatti si occupa, tra le varie competenze, di profilassi internazionale, dei farmaci, nei vari aspetti che riguardano la loro produzione e commercializzazione, di zoofilia e veterinaria.

Settori diversi e diversificati nei quali la tutela del diritto alla salute occupa un ruolo preminente.

L'UE può essere paragonata ad uno Stato quando si parla di 'sanità pubblica' poiché svolge su scala diversa lo stesso ruolo del secondo, vale a dire, nonostante le peculiarità, essa è chiamata ad intervenire in settori dove la sua azione è più efficace di quella dei singoli Stati, in coerenza con il principio di sussidiarietà che è fondamentale nell'ordinamento europeo quanto, come visto, in quello italiano.

1.2.2 L'assistenza sanitaria

L'assistenza sanitaria è l'ulteriore settore da analizzare, e rimane più agevole continuando attraverso il parallelismo tra l'ordinamento europeo e quello degli ordinamenti nazionali, magari quello italiano per ragioni di facilità.

Nel SSN si è visto che esiste una struttura, altresì ammnistrativa non solo di regole, che sia adatta all'erogazione di prestazioni sanitarie per soddisfare, e tutelare, il diritto alla salute dei cittadini italiani, e non.

Tralasciando per il momento i principi sui quali esso sistema si basa, va tuttavia riconosciuta l'ampiezza e la complessità dello stesso, che vede nelle c.d. Aziende sanitarie e territoriali i centri per l'erogazione diretta di prestazioni, per lo più mediche, che, nella pratica, sono fornite da presidi ospedalieri o aziende.

Questi 'servizi' forniti dagli operatori del SSN possono essere raggruppati nella definizione di 'assistenza sanitaria', che, nella nostra tradizione, fa più riferimento alla soddisfazione del volto sociale del diritto alla salute, vale a dire quello di ricevere delle cure mediche, che però sono accompagnate da altre attività senza le quali, l'intervento medico *stricto sensu* non avrebbe la stessa efficacia.

Un esempio, banale e che tornerà utile a breve, è la fornitura di un servizio di ambulanze per soccorrere la persona[221].

Senza tale servizio l'intervento medico, la prestazione a cui si ha diritto, non varrebbe allo stesso modo, e così via dicendo si possono fare molti esempi di attività, per così dire, 'non essenziali', o 'secondarie', che sono strumentali alla prestazione *stricto sensu*.

Non sorprende, dunque, la previsione dell'art. 168 TFUE che stabilisce 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. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate' [222].

Si anticipa che gli Stati membri mantengono, e detengono, la competenza ad amministrare i Servizi Sanitari, indipendentemente dalla loro composizione interna, e l'UE rispetta tale regola operando all'interno delle proprie competenze.

La competenza degli Stati verso 'la fornitura dei servizi sanitari e di assistenza medica' assume i confini ristretti che si sono appena visti, che possono essere differenziati da quelli che l'UE assegna al concetto di 'assistenza sanitaria'.

Nell'ordinamento europeo il concetto di 'assistenza sanitaria' assume dei confini molto più ampi, esondando dal concetto appena esposto, e che è comune agli ordinamenti nazionali, indipendentemente dal tipo di organizzazione che questi assumono e realizzano per permettere la tutela del diritto alla salute dei propri consociati.

Come si anticipava, nell'ordinamento europeo il concetto di 'assistenza sanitaria' può essere riconosciuto di avere una portata maggiore, in quanto in esso, sia dal punto di vista giudiziario, che amministrativo-legislativo, sono stati fatti rientrare in tale definizione settori che, nonostante tutelati, non sono propri dell'assistenza sanitaria offerta dallo Stato.

Ciò trova una sua ragion d'essere inevitabilmente nella differenze peculiari degli ordinamenti, in particolare, nella divisione di competenze, come si vedrà a breve, e nella forma stessa dell'UE, sia amministrativamente, che strutturalmente[223].

Avendo ampliato i confini della definizione 'assistenza sanitaria', si veda, dunque, in quali ambiti l'UE ha esteso la portata di tale concetto, accennando, altresì a possibili effetti di tale orientamento.

[221] Come si diceva, esso esempio non è casuale e verrà visto meglio in seguito, intanto il riferimento è al caso *Ambulanz Glöckner,* C-475/99; Corte di Giustizia Europea, Sezione V, Sentenza 25 ottobre 2001.

[222] Art. 168 TFUE, VII comma.

[223] Qui il riferimento è alla costruzione amministrativa dell'UE, composizione e poteri dei soggetti, oltre che alla sua 'forma strutturale' che fa riferimento alla realtà indiscutibile e preponderante di un mercato interno.

Innanzitutto bisogna fare menzione del personale medico, ovvero, più in generale, di tutti i professionisti che forniscono prestazioni mediche, indipendentemente dal fatto che ciò sia fatto per conto del Servizio Sanitario di uno Stato.

Come si diceva in precedenza, negli ordinamenti nazionali alcune discipline non sono fatte rientrare nella categoria dell''assistenza sanitaria, contribuiscono a comporre il tessuto di regole che costituiscono l'ordinamento sanitario del Paese, bensì non sono proprie della materia ora in esame.

A tal riguardo, l'esempio del personale medico, considerando l'ordinamento europeo, è coerente, poiché, gli atti che lo riguardano sono ascrivibili alla più lata categoria di 'assistenza sanitaria'.

Ad essi è, ad esempio dedicata, tra le altre, una Direttiva[224], che permette il riconoscimento della validità delle qualifiche ottenute presso il proprio Stato membro anche presso gli altri, così da permettere, o tutt'al più facilitare, la loro circolazione all'interno del mercato interno.

Lo scopo si configura con la creazione di un nuovo mercato, interno, di lavoro per dei professionisti, come è, altresì, possibile capire dalla lettura del preambolo il quale prevede che ' in seguito al Consiglio europeo di Lisbona (23 e 24 marzo 2000), la Commissione ha adottato la comunicazione «Una strategia per il mercato interno dei servizi» col fine in particolare di rendere la libera prestazione di servizi all'interno della Comunità altrettanto facile che all'interno di un Stato membro. In seguito alla comunicazione della Commissione «Nuovi mercati europei del lavoro, aperti e accessibili a tutti», il Consiglio europeo di Stoccolma (23 e 24 marzo 2001) ha dato mandato alla Commissione di presentare al Consiglio europeo di primavera del 2002 proposte specifiche per un regime più uniforme, trasparente e flessibile di riconoscimento delle qualifiche'[225].

Indirettamente, tuttavia, nonostante il fine sopraesposto, si incide su quella che è l'assistenza sanitaria, poiché i soggetti destinatari della Direttiva sono coloro che possono esercitare professioni mediche, e che forniscono le prestazioni rientranti, nell'ordinamento nazionale, nella definizione 'assistenza sanitaria'.

Di fatti si può leggere che 'given the failure of many Member States to produce or retain suffcient numbers of their own health care professionals, they are often desperately in need of those from elsewhere in Europe and abroad'[226].

Si può, dunque, vedere come l'assistenza sanitaria, materia di competenza degli Stati membri, possa essere avvicinata fortemente ad altre materie di competenza UE, tanto da perderne i confini, permettendo di far rientrare nel concetto della prima anche azioni formalmente distinte, come è il riconoscimento delle qualifiche professionali.

---

[224] Direttiva 2005/36/CE, Direttiva del 7 settembre 2005 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, ma i riferimenti possono essere molti di più, già dagli anni 70 cominciarono ad essere emanate le prime direttive in materia di professionisti sanitari, per maggiori approfondimenti si rimanda a T. K HERVEY J. V. MCHALE, *op. ult. cit.*, p.30 ss.

[225] *Considerandum* n. 2.

[226] E. MOSSIALOS G. PERMANAND R. BAETEN T. HERVEY, *op. ult. cit.*, p. 13.

Tali professionisti vengono inclusi nei prestatori di servizi, perciò fanno parte di una disciplina ben distinta che però, data la natura di tali prestatori, entra nel concetto di 'assistenza sanitaria'.
Al pari, anche i pazienti possono essere fatti rientrare nella categoria di coloro che risultano destinatari di azioni dell'UE nell'ambito dell'assistenza sanitaria, anche se indirettamente.

Il tema verrà affrontato meglio nel proseguo, basti anticipare che essi, visti come riceventi di un servizio, qual è l'assistenza sanitaria, facciano entrare essa, beninteso indirettamente, nell'orbita delle altre competenze dell'UE.

Tutto ciò permette di considerare la materia in questione con una portata ben maggiore rispetto a come sarebbe possibile definirla rimanendo nella visione dello Stato nazionale, date le influenze che ha subito con decisioni della Corte, e con atti legislativi, come quelli poc'anzi accennati.

1.3 La salute ed il mercato interno

Si muova ora verso lo studio di alcuni elementi peculiari dell'ordinamento europeo, mantenendo il fuoco sulla salute all'interno di questi.
In particolare si proceda ad analizzare l'interazione della (tutela della) salute con un fattore dominante, se non costitutivo, dell'UE, il suo Mercato interno.
Poiché la salute, sia nella sua accezione di 'sanità pubblica' che di 'assistenza sanitaria', intreccia fortemente la sua esistenza e disciplina alle regole del Mercato interno dell'Unione, al punto da essere inscindibili alle volte, si procederà con una breve esposizione del Mercato, le fonti sulle quali è costituito e le sue caratteristiche principali, così da avere un'idea, ed una conoscenza, utili a spiegare e passare in rassegna i punti di congiunzione di questi due fattori.

1.3.1 Il Mercato Interno

L'art.3 del TUE recita che 'l'Unione instaura un mercato interno[227].
A ciò si aggiunga anche quanto viene previsto nel II comma dello stesso articolo, che va letto in congiunzione con quanto appena detto:
"L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima".

Queste brevi disposizioni possono essere considerate come manifesto dell'UE, come codificazione delle dichiarazioni d'intenti dei Padri Fondatori di quella che inizialmente era chiamata Comunità Economica Europea (CEE)[228].

[227] Art.3 TUE, III comma, I capoverso.

Infatti, al termine della II Guerra Mondiale, considerando le tragedie umane alle quali si era assistito, oltre che alla grave crisi economica che imperversava, alcuni capi di Governo, o di Stato, progettavano un modo per uscire dalla crisi, scongiurando i pericoli di nuovi conflitti.

Questi vedevano in un ente sovranazionale, la CEE, la possibilità di sviluppo economico, di crescita e d'integrazione, ed al centro del progetto un mercato interno.

Tuttavia la CEE non fu il primo esempio di ente sovranazionale costituito dagli stessi paesi al fine di costituire un mercato comune atto a facilitare gli scambi e l'integrazione.

Precedentemente avevano costituito la Comunità Europea del carbone e dell'acciaio (CECA)[229], ma la CEE rappresenta il progetto più ambizioso.

Rispetto alla CECA, la CEE, vantava maggiori competenze conferitegli dai Paesi partecipanti, oltre ad un numero di poteri ben maggiore, così che il mercato fosse più funzionale ed ampio.

A molti anni di distanza, si può dire che la CECA rappresentò un primo, altresì ambizioso, tentativo di creare un ente verso il quale gli Stati cedevano parte della loro Sovranità[230], e considerando il periodo ciò fu una vera novità.

Tuttavia per alcuni dei fondatori, la Francia su tutti, questo risultato non era soddisfacente, e si auspicava la creazione di un ente dotato di maggiori poteri e competenze, che avesse una struttura più organica e completa.

In particolare è meritevole di menzione il pensiero di Jean Monnet, esponente del Governo francese, tra coloro che si impegnarono di più per la creazione della CEE, il quale riteneva che una volta posto sotto controllo di un ente sovranazionale un settore strategico, lentamente si sarebbe proceduto, ed auspicato, di investire altri settori[231], realizzando così quel percorso d'integrazione, anche politica, che si riteneva essere la garanzia rispetto ai rischi di nuovi conflitti e crisi economiche.

Solo sei anni dopo, infatti, venne istituita la CEE con il Trattato di Roma.

Rispetto alla CECA essa vantava la creazione di un mercato interno più ampio, la cui attuale definizione e disciplina è contenuta nello stesso Trattato, ora rinominato Trattato sul Funzionamento dell'UE, TFUE.

All'art. 26 TFUE si stabilisce:

---

[228] La CEE, successivamente Comunità Europea (CE) ed ora Unione Europea, fu costituita il 25 marzo 1957 a Roma, con l'azione di Sei Paesi fondatori, Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo e Olanda.

[229] La CECA fu istituita il 18 aprile 1951 con il Trattato di Parigi, e l'obiettivo era quello, data la fresca memoria dei drammi della II Guerra Mondiale, di evitare che nuovi eventi bellici potessero sorgere nel cuore del vecchio continente. L'obiettivo si perseguiva con la volontà di destinare ad un ente sovranazionale, di cui i Paesi facevano parte, il controllo di un settore strategico per le attività belliche, la produzione del carbone e dell'acciaio, così da smorzare, e formalmente vietare, lo scoppio di nuovi conflitti.

[230] La Sovranità ceduta dai Paesi alla CECA, in tal caso, riguardava la produzione dei materiali strategici, concedendole possibilità di regolare anche il 'mercato' che gravita intorno alla produzione, non solo, quindi, il mercato dei beni, ma anche quello dei lavoratori di quel settore.

[231] Questa visione dell'integrazione è riconducibile ad una teoria che l'ha poi spiegata, la teoria del neo-funzionalismo che deve la sua definizione ad Ernst Haas. Haas ha poi anche spiegato meglio questa integrazione che fu definita *spill-over effect* e trova la sua teorizzazione, e spiegazione in E. HAAS, *The Uniting of Europe: political, social, and economical forces, 1950-1957*, p. 291 e ss., Notre Dame (Indiana), University of Notre Dame Press, 1958.

"L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati.

Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati.

Il Consiglio, su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati".

Rileggendo il tutto con quanto detto in apertura, si nota come il secondo comma racchiuda l'essenza del concetto sottostante al mercato interno, oltre che alcune sue caratteristiche.
Di fatti, il mercato è il luogo ove si richiede che vengano rispettate delle libertà, così dette, fondamentali, quelle di circolazione di merci, persone, servizi e capitali.
L'evoluzione della disciplina riguardante questi settori si è incontrata e scontrata più volte con la salute intesa nella sua duplice accezione.
Basta, ad esempio, prendere in considerazione le disposizioni del Trattato che permettono la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali[232].
Escluso l'ultimo settore, come si è altresì già anticipato, in tutti gli altri è compresa, come causa di giustificazione a misure restrittive di tale libertà, la tutela della salute o 'sanità pubblica'.
Quindi, senza ancora entrare troppo nel merito, si può vedere come, in alcune circostanze, le ragioni attinenti alla salute, e la sua tutela, intralcino la realizzazione di un mercato interno, inteso come 'spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione'.
Prima di muovere a vedere le relazioni esistenti tra i due settori, si dica ancora qualcosa sul mercato e le sue caratteristiche.
Il mercato interno è uno spazio, come detto, dove agiscono diversi attori, che devono trovare un bilanciamento tra di loro, in particolare, su tutti, l'UE e gli Stati membri.
Questo bilanciamento è operato grazie alla divisione di competenze tra di loro, competenze che, volendo essere coerenti con quanto si diceva in precedenza circa la costituzione della CEE, vengono attribuite all'UE da parte degli Stati, con una 'cessione' della loro Sovranità[233].
Le competenze sono disciplinate dall'art. 2 all'art. 6 TFUE, e vi sono competenze 'esclusive' dell'UE[234], competenze 'condivise' tra l'UE e gli Stati membri[235], e competenze che rimangono agli Stati membri, 'esclusive' di quest'ultimi[236].

[232] Si tratta, in ordine, degli artt. 34-35 TFUE; art. 45 TFUE; art. 49 TFUE; art. 56 TFUE.
[233] Questo, oltre ad essere il punto di forza per un processo d'integrazione, si veda lo *spill-over effect*, è anche un limite poiché su alcuni settori, e la tutela della salute ne è uno, gli Stati sono restii a cedere Sovranità.
[234] Art. 2 TFUE, I comma: "Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti".
[235] Art. 2 TFUE, II comma: "Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore".

In particolare l'art. 4 TFUE elenca le competenze condivise tra UE e Stati membri, e stabilisce che 'L'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori: a) mercato interno; […]'[237].

Ve ne sono altre di materie sottoposte ad un regime concorrenziale di competenza, e le stesse, alle volte, meritano un bilanciamento con gl'interessi e le finalità attinenti al mercato interno.

'Most provisions of the TFEU up to Article 197 deal with the regulatory competence of the EU'[238].

Tutti gli articoli, a partire dall'art.2 TFUE che si è citato, fino, come assumono Kaupa e Weiss, all'art. 197 TFUE, si occupano di disciplinare la potestà regolatoria dell'UE nelle varie materie sottoposte al diversificato regime di competenza.

Ed il mercato interno, chiaramente, non è escluso da questa lista, anzi occorre osservare come lo stesso non debba essere considerato, per alcuni versi, come una materia vera e propria, bensì come un concetto che sia capace di richiamare a sé tutto ciò che lo riguarda, circa il suo funzionamento e sviluppo.

S'intende dire che, stando alla citazione di Weiss e Kaupa sopracitata, il mercato interno non è tanto una materia alla quale viene dedicata una disciplina esaustiva e chiusa, bensì esso permea tutte le disposizioni comprese fra gli articoli sopraesposti.

L'esempio più chiaro, al riguardo, è ovviamente offerto dalle libertà fondamentali che sono state esposte in precedenza, esse, anche se riguardano nello specifico materie a sé stanti, apparentemente, sono previsioni con lo scopo, uno tra gli altri, di formare, e far sviluppare, un mercato interno.

Si deve riconoscere come il mercato interno sia strettamente legato ad un concetto di liberalizzazione, di rimozione di ostacoli che permettano la diffusione e creazione dell'elemento costituente il mercato, il suo cuore pulsante, la concorrenza.

Una concorrenza, tuttavia, regolata che, quindi, sia il più possibile adatta al raggiungimento del suo obiettivo, una maggiore redistribuzione ed equità[239].

Proprio a tal riguardo occorre citare due previsioni del TFUE che riguardano da molto vicino il mercato, ed il suo funzionamento, gli artt. 114-115 TFUE.

Il I comma dell'art. 114 TFUE recita:

"Salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative,

---

[236] L'art. 5 TUE stabilisce al II capoverso del II comma: "Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri".

[237] Art. 4 TFUE, II comma.

[238] F. WEISS C. KAUPA, *The internal market*, in F. WEISS C. KAUPA, *European Union Internal Market Law* (pp. 1-17). Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

[239] A tal fine occorre menzionare gli artt. 101-102 TFUE che prevedono la disciplina della concorrenza, in particolare concernono i 'cartelli', i 'monopoli' e 'l'abuso di posizione dominante'.

regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno"[240].

Il richiamo all'art. 26 TFUE, sopra riportato, inquadra lo scopo delle azioni che s'intende assumere, la creazione ed il corretto funzionamento del mercato interno.

L'art. 115 TFUE invece recita:

"Fatto salvo l'articolo 114, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno".

Questo articolo, più datato rispetto al primo, che fu inserito solamente a metà anni 80, prevede un procedimento legislativo speciale, l'unanimità del Consiglio, per la delibera di Direttive e Regolamenti per il raccordo delle discipline degli Stati membri, affinché si permetta l'instaurazione di un mercato interno, o il suo funzionamento.

A causa di queste difficoltà si sentì il bisogno di inserire un ulteriore articolo, che fornisse la base giuridica per azioni dello stesso scopo, ma con difficoltà minori in vista della delibera.
Era, di fatti, sufficiente la maggioranza prevista dal procedimento legislativo ordinario, che altresì, garantisce una rappresentatività democratica maggiore rispetto a quella dell'art. 115, poiché in quella il Parlamento viene meramente consultato, mentre nel primo caso esso partecipa attivamente[241].

Queste due previsioni, soprattutto la prima, permettono di compiere il salto verso lo studio di questa realtà, il mercato interno, con la salute e la sua tutela, sempre, beninteso, nei suoi due aspetti visti in precedenza.

Si passi dunque a vedere come hanno comunicato, interagito insieme le regole fondanti e protettrici del mercato interno e la salute, o detto in altro modo, che ruolo ha rivestito la salute, nella sua duplice accezione all'interno dello stesso.

1.3.2 La 'sanità pubblica' ed il mercato interno

Si veda, dunque, che tipo di rapporti si sono intessuti nel tempo tra la disciplina del mercato interno e la 'sanità pubblica' da un lato e l'assistenza sanitaria dall'altro.

[240] Precedentemente art. 95 TEC, l'attale art. 114 TFUE fu inserito nel Trattato di Roma, con l'Atto Unico Europeo del 1986, il maggiore intervento sul Trattato, con lo scopo proprio di intervenire e porre nuove basi giuridiche per la consolidazione, se non creazione in alcuni casi, di un mercato interno. La sua novità fondamentale sta nel fatto che si affianca alla disciplina dell'art. 115 TFUE (*ex* art. 94 TEC), che prevede l'unanimità per la deliberazione da parte del Consiglio, mentre qui si procede con il procedimento legislativo ordinario, a maggioranza.
[241] Il Parlamento Europeo è l'unica istituzione che i cittadini europei votano ed eleggono direttamente.

Come anticipato, la distinzione tra i due settori sarebbe ritornata utile per affrontare la disamina di alcuni passaggi, peculiari dell'ordinamento europeo.

Si cominci, quindi, vedendo i rapporti tra il mercato e la prima di queste definizioni di salute, la 'sanità pubblica'.

In anticipo va detto che i collegamenti principali tra mercato interno e 'sanità pubblica', in tal senso, si sviluppano seguendo due modelli, uno 'negativo' del mercato, l'altro 'positivo'.

Il primo 'negativo' perché la 'sanità pubblica' risulta, e si pone, come limite alla realizzazione del mercato interno; l'altro 'positivo' per l'esatto contrario, la 'sanità pubblica' diventa occasione per la creazione, o l'allargamento del mercato interno.

Tale differenziazione, tuttavia, non deve abbagliare, poiché, infine, i due modelli risultano essere più vicini e connessi di quanto s'immagini, ma questa catalogazione risponde ad un'esigenza di chiarezza per l'esposizione.

Circa il modello che si è definito 'negativo', bisogna tornare a quanto detto nelle prime pagine, per cui la salute[242], e la 'sanità pubblica'[243], sono delle cause di giustificazione, riconosciute dal Trattato, a misure degli Stati membri limitative di una della delle libertà fondamentali, alla base del mercato interno. Ciò crea, inevitabilmente una tensione tra i due, ed in particolare, la 'sanità pubblica' costituisce un limite affinché la liberalizzazione di un settore si concretizzi.

Dei casi in cui essa giustificazione è stata invocata si sono visti, i casi *Decker* e *Kohll* che sono importanti per comprendere meglio che tipo di approccio si sia seguito, dalla Corte *in primis*, ma anche dalle altre istituzioni successivamente.

Nella sostanza si è sempre perseguito il fine di liberalizzare il mercato, o aree di questo che ancora non lo fossero, e per raggiungere tale scopo si è cercato di procedere all'eliminazione di quelle ragioni che determinassero l'invocazione della causa di giustificazione in esame.

Occorre vedere come ciò sia avvenuto, come da questo modello 'negativo' di relazione tra mercato interno e salute si sia passati, invece, ad uno 'positivo', ove si è cercato, quindi, di raggiungere risultati dal solo scopo di liberalizzare il mercato.

Questo altresì a riprova di quanto si diceva in precedenza, per cui i due modelli sono stati proposti solamente per rendere l'analisi più schematica e chiara, quando invece sono, nella realtà, legati molto da vicino.

[242] Art. 36 TFUE (ibera circolazione delle merci).
[243] Art. 45 TFUE (libera circolazione dei lavoratori); art. 52 TFUE (diritto di stabilimento e libera circolazione dei servizi).

Innanzitutto occorre sottolineare che un passo verso la liberalizzazione del mercato è stato compiuto in un caso dove fu invocata la giustificazione della 'sanità pubblica'[244], si tratta del famoso caso *Cassis de Dijon*[245].

Del caso merita menzione un passaggio del ragionamento della Corte, importante poiché segnò un'importante novità giurisprudenziale, che ebbe effetti anche in merito al rapporto tra mercato interno e 'sanità pubblica', si ripeta, invocata nello stesso per la misura in questione[246], che però la Corte non ritenne essere sussistente.

La Corte stabilì che 'non sussiste quindi alcun valido motivo per impedire che bevande alcoliche, a condizione ch'esse siano legalmente prodotte e poste in vendita in uno degli Stati membri, vengano introdotte in qualsiasi altro Stato membro senza che possa esser opposto, allo smercio di tali prodotti, un divieto legale di porre in vendita bevande con gradazione alcolica inferiore al limite determinato dalla normativa nazionale'[247].

Quanto riportato è stato riconosciuto come il principio del 'mutuo riconoscimento' per cui un bene legalmente immesso nel mercato di uno Stato membro non ha ragioni, salvo le giustificazione di cui la salute fa parte, di non accedere anche a quelli degli altri Stati, dunque, così facendo, il mercato interno dell'UE compiva passi in avanti verso la sua realizzazione, e la salute, rimanendo tuttavia una causa di giustificazione a misure restrittive, veniva indirettamente superata poiché, nella pratica, tale principio rende applicabile le misure di uno Stato rispetto a quelle degli altri[248].

Di fatti un importatore basterà che acquisti il bene nello Stato in cui è stato immesso sul mercato, per poterlo importare in ogni Stato membro, per cui la salute 'sfugge' dal controllo degli altri Stati, potendo solo essere applicata in sede giudiziale come giustificazione[249].

---

[244] Questo caso è successivo ad un altro fondamentale caso per il diritto europeo, il famoso caso *Dassonville* (C-8/74) dal quale venne estrapolata una formula, predisposta dalla Corte, per valutare quali misure degli Stati membri potessero costituire una 'restrizione quantitativa' o una loro misura equivalente. Tale formula, data la sua ampiezza, portò ad allargare la forbice delle misure perseguibili di fronte alla Corte, aumentando, altresì, le conseguenti giustificazioni in ragione di 'sanità pubblica'. Per ulteriore studio in merito all'evoluzione propria del mercato interno e di quanto appena detto si rimanda a F. WEISS C. KAUPA, *op. ult. cit.*, p. 54 e ss.; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: the Four Freedoms*, V edizione, Oxford, Oxford University press, 2016.

[245] Corte di Giustizia Europea, Sentenza 20 febbraio 1979, C-120/78.

[246] Si trattava di una misura della Repubblica Federale Tedesca che ostacolava l'importazione di un liquore francese, il *Cassis de Dijon*, poiché esso aveva una percentuale alcolica inferiore a quella che la regola tedesca richiedeva ai liquori per essere immessi nel mercato. La tutela della salute fu invocata poiché il Governo temeva che, considerato il consueto uso di alcol che facevano i tedeschi, esso liquore, ad un prezzo vantaggioso, potesse favorire malattie date dall'abuso dello stesso.

[247] C-120/78, paragrafo 14.

[248] Sul principio del 'mutuo riconoscimento' si rimanda a C. BARANRD, *op. ult. cit.*; F. WEISS C. KAUPA, *op. ult. cit.*, p. 67 e ss.; se invece si vuole una visione più vicina al settore in analisi, unitamente alla 'sanità pubblica' si rimanda a A. DE RUIJTER, *op. ult. cit.*, p. 67 e ss.

[249] A ciò va aggiunto che la Corte applica il principio di 'non discriminazione' e di 'proporzionalità' alle misure dello Stato poste al suo giudizio, ed è tendenzialmente stretta di giudizio, ossia molto esigente e difficilmente ha accolto le motivazioni dei Governi poste a sostegno delle giustificazioni.

Oltre a questo percorso che ha visto la 'sanità pubblica' come attore indiretto dell'allargamento del mercato, ve ne è un altro in cui essa ha giocato un ruolo da protagonista, e sin dagli inizi della creazione del mercato interno, vale a dire dagli anni 60 in poi.

Si prenda come esempio i settore dei prodotti farmaceutici, che si è detto in precedenza, essere, ovviamente, materia inerente alla 'sanità pubblica' e per i quali gli Stati hanno una certa attenzione.

Le prime Direttive in tale materia giunsero negli anni 60, appunto, e la più importante da citare è la Direttiva 65/65/CEE, 'per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali'.

Questa in particolare va menzionata perché dimostra un'intenzione, sin dall'inizio, a riprova di quanto si è detto poc'anzi, di favorire la creazione di un mercato interno.

La Direttiva ha lo scopo di creare un mercato per i prodotti farmaceutici, che di seguito, dalla stessa, verranno definiti con una certa ampiezza, atta a riconoscere numerosi prodotti al suo interno.

In particolare vuole creare tale mercato senza, tuttavia, minare alla 'sanità pubblica' e ciò viene espresso perfettamente nei *Considerandum* che introducono la Direttiva:

"Considerando che ogni regolamentazione in materia di produzione e di distribuzione delle specialità medicinali deve avere come obiettivo essenziale la tutela della sanità pubblica;

Considerando tuttavia che questa finalità deve essere raggiunta avvalendosi di mezzi che non ostacolino lo sviluppo dell'industria farmaceutica e gli scambi dei prodotti medicinali in seno alla Comunità;

Considerando che le disparità fra talune disposizioni nazionali e, in particolare, fra le disposizioni relative ai medicinali, eccettuate le sostanze o composizioni che sono derrate alimentari, alimenti destinati agli animali o prodotti d'igiene, hanno per effetto di ostacolare gli scambi delle specialità medicinali in seno alla Comunità, e che esse hanno, pertanto, un'incidenza diretta sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato comune;

Considerando che occorre, di conseguenza, eliminare questi ostacoli e che per conseguire tale obiettivo si rende necessario un ravvicinamento delle suddette disposizioni;

Considerando tuttavia che questo ravvicinamento non può essere realizzato che progressivamente e che occorre in primo luogo eliminare le disparità che possono in maggior misura nuocere al funzionamento del mercato comune".

Il modo attraverso il quale verrà poi creato tale mercato, inerentemente a tali prodotti, sarà attraverso il rilascio di un'autorizzazione[250] ai produttori da parte di un'autorità competente istituito presso ogni Stato membro, così da permettere la sua immissione nel mercato, ed il tutto secondo regole, per l'autorizzazione, ravvicinate[251] tra i vari Stati così che il commercio sia facilitato.

[250] Art. 3 D. 65/65/CEE.
[251] Art. 4 D. 65/65/CEE.

Procedendo tramite il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, l'UE neutralizzava le motivazioni in supporto di giustificazioni inerenti alla 'sanità pubblica', in favore della creazione di un mercato interno, ed, altresì, ponendo un contrappeso al principio del 'mutuo riconoscimento' appena visto, perché sulla base dello stesso, ogni Stato, sentendosi privato indirettamente e non, di un mezzo di controllo, allegava tale giustificazione per mantenere valida la propria legislazione.
Inoltre, ed è esso l'aspetto più importante, il principio si applicava, a detta della Corte, nei settori ove non c'erano misure di ravvicinamento delle legislazioni nazionali a riguardo, come per esempio poteva essere la quantità minima di alcol nel caso precedente.
Dunque, ravvicinando le legislazioni, si evitava l'applicazione del principio del 'mutuo riconoscimento' che generava una maggiore, statisticamente, allegazione della giustificazione di 'sanità pubblica'.
Altresì va detto che, la possibilità di ravvicinamento della legislazioni per il funzionamento, ed instaurazione, del mercato interno, trova una base giuridica, innanzitutto nell'art. 115 TFUE visto in precedenza, ma altresì nell'art. 114 TFUE, che ha la maggiore speditezza e flessibilità come si è già detto.
Lo stesso, inoltre, dedica un comma specifico alla materia della 'sanità', sempre per permettere l'instaurazione ed il funzionamento del mercato.
Il comma III dell'art. 114 TFUE recita:

"La Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici".

Si vede, quindi, che nella competenza ad emanare atti per l'instaurazione ed il funzionamento del mercato vi rientra la possibilità di investire la materia della 'sanità', e ciò darà modo di intervenire diverse volte all'UE, in particolare nella figura della Commissione.

A riguardo il caso più importante rimane quello della così detta *Tobacco Saga*, dove gli interventi furono più volte rimessi al giudizio della Corte[252], facendo riferimento, nello specifico, alla base giuridica sulla base della quale vennero emanate le Direttive, in relazione al loro contenuto.

In conclusione si può rilevare come, dalla 'negatività' della relazione tra 'sanità pubblica' e mercato interno, si siano trovate soluzioni affinché tali limiti venissero superati, rendendo la relazione 'positiva', e rendendo il mercato più liberalizzato.

1.3.3 L'assistenza sanitaria ed il mercato interno

Occorre ora muovere a vedere che tipo di interazione abbiano il mercato interno, con il suo tessuto di regole, e l'aspetto della salute che si è individuato con la definizione 'assistenza sanitaria'.

[252] Si tratta dei casi *Tobacco Advertising I* (C-376/98) e *Tobacco Advertising II* (C-380/03).

Si presenta come opportuno, a tal punto, anticipare come tra l'assistenza sanitaria ed i mercato interno la tensione sia particolarmente intensa e rilevante poiché s'intrecciano delle regole che non sempre trovano un equilibrio soddisfacente, anche quando è chiamata ad intervenire, in caso di conflitti, la Corte di Giustizia Europea.

Si riprendano quindi, per vedere che tipo di tensione si crei, alcune delle disposizioni maggiormente rilevanti ed in particolare, cominciando con quelle circa l'assistenza sanitaria, una vista precedentemente, e nello specifico, l'art. 168 TFUE, il VII comma:

"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. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate".

A ciò si aggiunga anche quanto già detto, che l'UE non ha alcuna competenza esclusiva circa la tutela della salute, nemmeno nella sua accezione più generale[253].
Queste due norme, l'art. 168 TFUE e l'art. 6 TFUE, vanno menzionate poiché permettono di delimitare, circa l'assistenza sanitaria, i confini di competenze tra UE e Stati, dove la prima interviene solo ai fini dell'art.6 TFUE, rispettando le condizioni poste dall'art. 168 TFUE, VII comma.
Ora si veda come, sulla base di questo presupposto in merito all'assistenza sanitaria, questo possa entrare in collusione con le regole sul mercato interno, il quale si è visto essere caratterizzato da una serie di articoli per i quali l'UE ha invece delle competenze importanti.
Per compiere tale disamina, e spiegare i collegamenti sottesi a tale interazione, si parta da un concetto, quello del 'consumerism'[254].
Gli stessi autori nel testo vengono in soccorso spiegando cosa intendono con tale definizione, 'by consumerism, we mean conceptualizing and organizing health systems and health care settings through a lens of a relationships between a consuemer of a service (e.g., health care, medical treatment, medical devices) or a product (e.g., pharmaceuticals, medical devices) and the provider of that service or product'[255].
Più specificatamente, 'consumerism' è la tendenza, quindi, delle istituzioni europee, sia la Commissione, sia la Corte di Giustizia Europea, ad attrarre in una logica di mercato, in particolare nelle sue regole, le attività, od i soggetti delle stesse, che partecipano alla tutela della salute.
Questa visione, definita come 'consumerism', esterna il difficile rapporto, ed equilibrio, tra la salute nella sua accezione in esame, ed il mercato, in particolare perché non sempre è possibile attrarre, nelle regole del mercato interno, le misure che riguardano l'assistenza sanitaria, così come i soggetti che la ricevono.

[253] In particolare, va preso in considerazione l'art. 4 TFUE che elenca le competenze condivise tra UE e Stati membri, così come, e soprattutto, l'art. 6 TFUE che inserisce la 'tutela e miglioramento della salute umana' nelle azioni ove l'UE può coordinare, completare e sostenere quelle degli Stati membri.
[254] T. K HERVEY J. V. MCHALE, *op. ult. cit.*, p. 74 e ss.
[255] *Ibid.*

Riguardo il primo di questi aspetti, le attività di 'assistenza sanitaria' che vengono attratte nelle regole costituenti la disciplina del mercato interno, si ricordi che le competenze sono differenziate, nel senso che l'assistenza sanitaria è demandata agli Stati membri, mentre 'l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno è una competenza dell'UE, quindi il bilanciamento è difficile da perseguire o mantenere. Questo è anche il motivo per il quale tali competenze si voleva ribadirle in apertura, così da vedere che tipo di conflitto si può generare.

L'attrattività alle regole del mercato, si diceva, non riguarda solamente le attività ascrivibili all'assistenza sanitaria, bensì anche ai soggetti delle attività, che nei paragrafi precedenti sono stati esplicitati come essere i pazienti ed i professionisti. Gli autori nella loro descrizione li definiscono, a giusto titolo, come prestatori di servizi, e ricevitori degli stessi.

Non sarà, quindi, una sorpresa, né difficile, individuare in che settore di regole costituenti il mercato interno, essi siano stati attratti, quelle che riguardano la libera circolazione dei servizi.

In tal caso la difficoltà nel bilanciare non investe solamente una divisone di competenze tra UE e Stati membri, bensì riguarda anche alcuni principi fondamentali che sottendono l'assistenza sanitaria.

Quando si è voluto definirla, si è percorso un parallelismo con l'ordinamento nazionale poiché sarebbe tornato utile ora.

L'assistenza sanitaria, che, di nuovo, è competenza, circa la sua organizzazione e fruizione, degli Stati, si poteva definire, facendo riferimento al solo ordinamento nazionale, come attinente a tutta la struttura che specificatamente riguarda la tutela della salute.

Dunque appare chiaro come i principi sottesi alla materia, ed a cui si fa riferimento, siano quelli visti già nel capitolo precedente, vale a dire 'il principio di solidarietà', di 'eguaglianza' che perseguono scopi sociali fondamentali, quali la coesione sociale e la redistribuzione delle ricchezze, oltre che la tutela della salute stessa, dato il diritto riconosciuto agl'individui.

Si diceva, questo, essere il volto sociale del diritto alla salute, e questo andrebbe bilanciato quando si assume, invece, una visione orientata al mercato.

'Consumerism assumes that relationships are defined essentially through contract. This idea resonates well with the underlying ideas of EU internal market law concerning the benefits of free trade within the EU's single internal market'[256].

Hervey e McHale espongono perfettamente la logica intima della disciplina del mercato interno, che non sempre, data la sua natura, può perseguire, o rispettare, dei fini sociali come quelli che l'assistenza sanitaria all'interno di un ordinamento nazionale persegue o tutela.

[256] T. K HERVEY J. V. MCHALE, *op. ult. cit.*, p. 74.

Questo è, dunque, l'ulteriore possibile conflitto che si può generare dall'interazione dell'assistenza sanitaria con le regole del mercato interno[257].

Degli effetti del 'consumrism' si dirà successivamente quando verranno presi in considerazione, ed esposti, gli effetti delle politiche europee sui sistemi nazionali, in particolare sanitari.

Qui, ora, occorre innanzitutto completare l'analisi del rapporto tra il mercato e l'assistenza sanitaria come appena identificata.

Una volta esposto il fenomeno attrattivo del mercato, e visti i rischi che si possono generare da esso, vale a dire, violazione della regola di ripartizione di competenze tra UE e Stati membri, se si tratta di attrazione di attività di 'assistenza sanitaria' nel mercato, e rottura dell'equilibrio tra principi sociali e regole di mercato, vanno anche esposti quei vantaggi che possono venir fuori da un'inclusione del concetto di 'assistenza sanitaria' nella logica di mercato.

Innanzitutto si prendano in considerazione le stesse regole per il corretto funzionamento del mercato interno, per cui, oltre a quelle per la libera circolazione, sono importanti anche quelle che riguardano la concorrenza, in particolare sia quelle che riguardano le imprese[258], più specificatamente, sia quelle che riguardano gli Stati[259].

Queste regole sono poste al servizio di una corretta concorrenza del mercato, che si presuppone giovare sia ad operatori economici che ai consumatori che , rimanendo nella logica del 'consumerism', sono i soggetti che si rivolgono alle strutture per ottenere 'assistenza sanitaria'.

Più o meno direttamente, quindi, quest'attrazione potrebbe giovare ai soggetti in bisogno di assistenza sanitaria poiché sembrano essere garantiti da una qualità del 'servizio' grazie alla competitività del mercato[260].

Ma non è tutto, gli ulteriori aspetti positivi che possono sorgere dall'interazione delle due discipline riguardano la possibilità stessa di migliorare l'assistenza sanitaria.

Ciò fa capo, nuovamente, alla libera circolazione, colonna portante per l'esistenza del mercato interno, e di questa libertà possono giovarsi sia i 'pazienti' che i 'professionisti' del settore.

---

[257] Si vedrà tuttavia più avanti quali sono gli effetti che si generano, e che si sono generati, dalla relazione di queste due materia, sia, quindi, a causa delle differenze dovute alla ripartizione di competenze, sia per i diversi interessi e principi che sono in gioco che si muovono, rischiando di rompere l'equilibrio nel quale sono inseriti.

[258] Artt. 101 e ss. TFUE, in particolare sono da menzionare quelle che concernono i divieti di accordi, cartelli, e l'abuso di posizione dominante, altresì applicabili allo Stato non solo alle imprese *stricto sensu*, da vedere in tal caso, cosa si intende per impresa ai fini del regole per la concorrenza.

[259] Artt. 107 e ss. TFUE, riguardano, più nello specifico, le misure statali classificabili come aiuti di Stato, che sono vietate.

[260] Per maggiori chiarimenti si rimanda a T. K HERVEY J. V. MCHALE, *op. ult. cit.*, p. 74 e ss. oltre che a E. MOSSIALOS G. PERMANAND R. BAETEN T. HERVEY, *op. ult. cit.*, i quali spiegano magistralmente a quali rischi si incorre in un mercato non regolamentato nel senso della concorrenza, poiché alle volte delle correzioni alle storture del mercato sono necessarie, tutelando, altresì, i consumatori quali soggetti partecipanti nello stesso. Invece per una visione più completa e specifica sulle regole circa la concorrenza si veda R. WHISH D. BAILEY, *Competition Law*, 9th edition, Oxford, Oxford University Press, 2018.

In parte, quest'ultimo elemento, era stato anticipato quando si vedeva come identificare l'assistenza sanitaria, e si vedeva che i professionisti sanitari potevano muoversi liberamente all'interno del mercato interno sia come prestatori di servizi che come lavoratori.

Allo stesso modo questo vale anche per i pazienti, intesi come ricevitori di un servizio, in tal caso sanitario[261] per cui essi possono godere della possibilità di muoversi liberamente nel mercato interno, e di ricevere prestazioni sanitarie in un Paese diverso da quello di residenza, nonostante le varie difficoltà che ciò determina.

Di conseguenza, sia i professionisti medici, sia i pazienti, in quanto prestatori di servizi/lavoratori ovvero ricevitori di un servizio, possono avere possibilità maggiori grazie al mercato interno, così facendo migliorando queste regole, proprie del mercato stesso, migliora anche l'assistenza sanitaria.

Come si era già detto, in tal modo si permette che dei Paesi con difficoltà nella formazione, o trattenimento, di professionisti sanitari, possono giovare di questa possibilità ricevendone altri da altri Stati membri. D'altro canto i pazienti possono ovviare ai limiti, o deficienze, del proprio Servizio Sanitario Nazionale muovendosi verso altri, più efficienti, per ricevere cure presso questi.

Dunque si vede come l'assistenza sanitaria ed il mercato interno, con le sue regole, siano molto vicini e spesso in stretto contatto, si è anche detto che tipo di effetti si possono generare da questo contatto, non sempre positivi, ma con grandi potenzialità, tuttavia.

La loro analisi avverrà nel prossimo capitolo, ma si sottolinei, di nuovo, come l'ordinamento europeo sia caratterizzato da queste peculiarità che non sono possibili da ravvisare circa li ordinamenti nazionali.

Ci si riferisce in particolare, alle regole del mercato interno, alla ripartizione, spesso difficoltosa da rispettare, delle competenze, sempre poste all'interno del mercato, al differente assetto istituzionale, anche in merito ai poteri, che, anche se non verrà analizzato nello specifico, risulta pesare nel momento dell'emanazione di atti da parte dell'Unione, o nel momento di dover realizzare politiche che essa dispone.

Il parallelismo dunque serviva a questo scopo, ma, si ripeta, le potenzialità dell'ordinamento europeo sono difficilmente sottovalutabili.

1.4 Il Diritto alla salute nel Diritto europeo

1.4.1 Il Diritto alla salute nei Diritti Umani, nell'ordinamento europeo

Per completare il quadro in merito allo studio della salute, e della sua tutela, o disciplina, nel diritto europeo, occorre ora muovere verso l'analisi delle Fonti del diritto europeo, e cercare tra esse se è possibile rinvenire disposizioni che descrivano una disciplina, ovvero una tutela della salute.

[261] Il riferimento in tal caso è al caso che ha aperto le porte a tale interpretazione, poiché il Trattato parla di libera circolazione di servizi intendendo i prestatori e non chi li riceve. Il caso in questione è *Luisi & Carbone* (Cause riunite C-286/82 e C-28/83).

Innanzitutto si illustri, molto brevemente, il sistema della fonti del diritto europeo[262], per cui esiste un complesso di regole che costituiscono il c.d. 'diritto primario' dell'UE, seguito dal diritto internazionale, nelle sue norme pattizie o consuetudinarie, ed infine il c.d. 'diritto secondario' che è composto dalle Direttive, Regolamenti principalmente, affiancati dagli atti 'delegati[263]' o 'esecutivi'[264].

In particolare si veda da cosa è composto il gruppo di fonti primarie del diritto europeo, ovverosia dai Trattati, il Trattato sull'Unione Europea (TUE) ed il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ai quali si aggiungono anche i principi generali di diritto e la Carta dei diritti fondamentali[265].

Si vedano dunque quelle che sono le principali fonti, primarie, che riguardano la salute nel diritto dell'Unione Europea.

Va preso in considerazione intanto l'art. 9 TFUE, che come anticipato, stabilisce:

"Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana".

La tutela della salute come faro, e limite, delle politiche dell'Unione, sembrerebbe così, tale articolo, dare una conformazione, più o meno, sociale all'azione dell'UE.

Un richiamo altresì va fatto all'art. 168 TFUE, il quale ribadisce il concetto stabilendo che 'nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana'.

Prendendo in prestito le parole di altri studiosi esperti del settore, questa, non banale ed inutile ripetizione compiuta dai due articoli appena esaminati, può essere definita come 'mainstreaming'[266] la salute in tutte le altre politiche[267].

Questa idea espressa Hervey e McHale ha trovato anche notevole successo nel mondo accademico ed ha permesso anche di leggere, nella sua ottica, altre previsioni che si vedranno a breve.

Altre previsioni, di fatti, è necessario menzionarle, poiché gli articoli sopracitati sono indiscutibilmente misure importanti all'interno dell'ordinamento europeo, ma non sufficienti per rinvenirvi una base per la tutela della salute *tout court*, nel senso che non sembrano andare oltre la descrizione di meri limiti all'azione

[262] Per maggiori approfondimenti in merito al sistema delle fonti del diritto dell'Unione Europea si vedano L. DANIELE S. AMADEO, *Diritto dell'Unione europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, Giuffrè editore, 2018; P. CRAIG G. DE BURCA, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 6th ed., Oxford, Oxford University press, 2015.
[263] Art. 290 TFUE.
[264] Art. 291 TFUE.
[265] Essi hanno assunto, ai sensi dell'art. 6 TUE, pieno riconoscimento, i primi come principi generali di diritto, al pari dei Trattati la Carta in generale. Art. 6 TUE così come risulta dopo l'adozione del Trattato di Lisbona (2007).
[266] T. K. HERVEY J. V. MCHALE, *op. ult. cit.*, p. 60 e ss.
[267] Presupposto, tuttavia, è l'idea che, a differenza della visione della Vos vista in precedenza, attività inerenti alla politica sanitaria non siano solo quelle assunte sulla base della competenza descritta dall'art. 168 TFUE, ma che siano tutte quelle che abbiano come obiettivo la tutela della salute umana così come detto dagli artt. 9 e 168 (1) TFUE.

dell'Unione e delle sue istituzioni, per cui la loro portata non sembra tanto diversa da quelle di 'norme precettive' il quale scopo è stato già anticipato nel capitolo precedente.

In particolare bisogna prendere in considerazione altre fonti ascrivibili alla categoria del 'diritto primario' dell'Unione Europea, nello specifico, dei principi generali di diritto e la Carta dei Diritti Fondamentali.

Si apra innanzitutto con l'art.2 TUE il quale stabilisce che 'l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini'.

I riferimenti principali, di tale disposizione, che vanno presi in considerazione si rivolgono verso il concetto di 'dignità umana' ed al 'rispetto dei diritti umani'.

In particolare i 'diritti umani' hanno cominciato a fare il loro approdo nel diritto europeo, sotto forma di principi generali, sin dalla fine degli anni 60 grazie al lavoro della Corte, e nello specifico grazie al caso *Stauder*[268] nel quale la Corte di Giustizia per la prima volta decideva sulla possibile violazione dei 'diritti fondamentali della persona, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza'[269].

Tuttavia un passo avanti ancor più marcato è stato compiuto dalla Corte stessa pochi anni dopo, con il caso *Nold V. Commissione*[270], con la quale essa riconosceva particolare importanza, in merito alla tutela dei diritti umani, alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), da un lato, ed alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, tutti firmatari, altresì, della CEDU, dall'altro[271].

Ci si colleghi dunque immediatamente alla CEDU, strumento fondamentale per la tutela dei diritti umani, ed anche, in parte, del diritto alla salute.

Essa sin dagli anni 70 ha registrato la sua menzione, o presa in considerazione, nella giurisprudenza della Corte, ma si è manifestata una certa limitatezza nell'applicazione, anche se si tratta il diritto alla salute, proprio a causa della Convenzione stessa.

Bisogna vedere come, da una parte essa sia uno strumento di diritto internazionale, e solo dopo il Trattato di Lisbona nel 2007, l'art. 6 TUE la iscrive e riconosce formalmente come fonte primaria del diritto europeo, anche se non comporta un'assunzione di nuove competenze da parte dell'Unione, dall'altro che essa Convenzione prevede una serie di diritti, maggiormente sotto forma di 'libertà', che i vari Stati devono rispettare, dando ad essi un certo margine di discrezione nell'interpretazione, si veda il concetto di 'dignità umana' o 'vita', per cui in base alle loro tradizioni, giuridiche e culturali, essa troverà una realizzazione,

[268] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sentenza 12 novembre 1969, C-29/69.
[269] C-29/69 par. 7.
[270] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sentenza 14 maggio 1974, C-4/73.
[271] C-4/73 par. 12 e ss.

fermo restando che comunque la Corte Europea dei Diritti Umani ha varie volte censurato forme di tutela minori rispetto a quelle minime[272].

Dunque, i diritti della CEDU sono altresì stabiliti nelle tradizioni costituzionali dei vari Stati membri[273], ed essi costituiscono, altresì, principi generali nell'ordinamento europeo, perciò se da una parte i diritti della Convenzione trovano una codificazione di rango costituzionale nei vari Paesi, dall'altro sono soggetti alle differenze, negli stessi Paesi, dovute alle tradizioni di ciascuno[274].

Quanto appena riportato è stato anche stabilito dalla Corte di Giustizia nel caso *Nold* appena menzionato.

Nei passaggi finali la Corte aveva stabilito che essa, 'garantendo la tutela di tali diritti [fondamentali], è tenuta ad inspirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati. I trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario. È alla luce di tali principi che vanno esaminate le censure addotte dalla ricorrente'[275].

1.4.2 La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea

Passando alla disamina della CEDU, alla quale l'UE ha stabilito di aver aderito[276] ma esso processo non è stato ancora ultimato, e delle sue criticità, si può muovere verso un'ulteriore fonte di diritto primario espressamente riconosciuta dall'art. 6 TUE, dal I comma nello specifico.

Si tratta della 'Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea' firmata a Nizza il 7 dicembre 2000.

In essa troviamo una disposizione più importante in merito alla tutela della salute, l'art. 35, per inciso, prevede:

"Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana".

Questa disposizione fornisce una base giuridica più solida rispetto alla Convenzione, nella quale un vero e proprio, autonomo, diritto alla salute non esisteva.

---

[272] In merito a tale difficoltà della CEDU di ottenere piena applicazione nella giurisprudenza della CGUE, si vedano J. MCHALE, *Fundamental Rights and health care*, in E. MOSSIALOS G. PERMANAND R. BAETEN T. HERVEY, *Health Systems Governance in Europe: the Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; T. K. HERVEY J. V. MCHALE, *op. ult. cit.*, p. 160 e ss.

[273] Esplicativo è il caso de '*Human Rights Act*' emanato dal Parlamento inglese nel 1998 per riportare nel diritto, statuario, inglese alcune previsioni della Convenzione.

[274] L'esempio più emblematico di influenza della tradizione costituzionale di uno Stato membro, ed il rispetto che ad essa garantisce l'UE è il Protocollo n. 35 del TUE che prevede il rispetto dell'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese circa l'attribuzione del diritto alla vita al non-nato.

[275] C-4/73 par. 13.

[276] Si tratta sempre dell'art. 6 TUE, II e III comma, il primo dei quali prevede, altresì, che la stessa non aumenti le competenze dell'UE.

In particolare, dall'art. 35 della Carta si possono estrapolare due dimensioni del diritto alla salute, seguendo, parzialmente, la stessa divisione che è stata operata nella disamina del diritto alla salute nella Costituzione.
La prima, come si evince dal primo capoverso dell'articolo, è il diritto di accedere ed ottenere le cure mediche, ferma restando la competenza deli Stati; dal secondo capoverso, invece, troviamo, come è stato già visto, una ripetizione dell'inclusione della tutela della salute umana quando l'Unione si trova a dare attuazione alle sue politiche ed attività[277].
Riprendendo un concetto espresso in precedenza, il ribadire la garanzia della tutela della salute umana nelle politiche ed attività dell'Unione non è privo di senso, di fatti come prima si parlava di 'mainstreaming' della tutela della salute nelle politiche europee, l'autrice ha parlato di 'super-mainstreaming', in particolare notava che 'this element of the Charter may be seen as a kind of 'super-mainstreaming' expression of the values that should underpin EU law and policy'[278].
Questa risulterebbe essere la lettura più giusta, nel senso di attribuire alla stessa il suo contenuto più adeguato, del secondo capoverso dell'art. 35 della Carta.
Successivamente a questa introduzione, tuttavia, si analizzi il pieno contenuto della Carta, della sua previsione, e del suo riconoscimento come 'diritto primario' al pari dei trattati, così come stabilito dall'art. 6 TUE.

Innanzitutto va chiarito il ruolo che la Carta occupa all'interno del diritto dell'Unione Europea, ripetendo quanto detto dall'art. 6 TUE per cui essa ha lo stesso valore legale dei Trattati, fermo restando anche quanto in precedenza chiarito in merito ai diritti umani come principi generali dell'ordinamento europeo. Essi dunque si pongono come parametri, non solo per limitare ed orientare l'azione dell'UE, ed il riferimento va al secondo paragrafo dell'art. 35 della Carta[279], ma anche per giudicare, ed eventualmente sindacare, l'azione sia dell'UE che egli Stati membri.
Nelle note si diceva come l'art. 35 sia d unire all'art. 51, I comma, della Carta, il quale stabilisce che 'le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze'.
Anche questo merita un chiarimento.
Le modalità attraverso le quali può essere presentato un ricorso di fronte alla Corte sono previste dai Trattati, ed a questi fini risulta rilevante l'azione di annullamento descritta dall'art. 263 TFUE.

[277] Questo secondo capoverso, unito ad altri articoli della Carta, in particolare l'art. 51, sembrerebbe permettere un'estensione dello scopo, nel senso di includere anche le politiche proprie degli Stati e non solo limitatamente all'UE.
[278] T. HERVEY, *The right to health in the European Union law*, p. 2018, in T. HERVEY J. KENNER, *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights: a legal persepcitve*, Oxford, Hart Publishing, 2003.
[279] In tal caso esso va letto in congiunzione con gli artt. 9 e 168 TFUE in quanto ribadiscono l'importanza della tutela della salute per l'attuazione delle politiche europee.

Sulla base di questa procedura, gli atti dell'UE[280]possono essere sottoposti al vaglio della Corte 'da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione'[281].

Tuttavia la Corte può essere adita anche dalle persone fisiche e giuridiche, di fatti, 'qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione'[282].

Questo ultimo gruppo di soggetti viene definito 'quasi-privilegiato' in quanto gravano sugli stessi delle condizioni ulteriori, non previste il gruppo del II comma che viene denominato 'privilegiato', affinché possano proporre loro il ricorso.

L'atto, infatti, deve riguardare l'individuo direttamente ed individualmente, o se si tratta di atti regolamentari non devono comportare esecuzione e riguardare il soggetto direttamente.

A ciò va aggiunto anche quanto previsto dall'art 7 TUE, che stabilisce una procedura importante per cui 'su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2'[283].

Tra i valori dell'art. 2 era incluso anche i rispetto dei diritti umani, oltre che della dignità umana, libertà, uguaglianza e lo Stato di diritto.

Dunque, riassumendo, a differenza della Convenzione, i quali limiti sono già statti esposti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sembrerebbe essere uno strumento più forte per sindacare e valutare il rispetto dei diritti, in questo particolare caso, del diritto alla salute.

I soggetti 'privilegiati' e quelli 'quasi-privilegiati', nelle condizioni esposte, possono portare all'attenzione della Corte gli atti che sono in violazione di tali diritti, che perciò sembrano assumere un ruolo ben maggiore rispetto a prima.

Proprio a tal riguardo occorre menzionare l'art. 51, di nuovo, ma questa volta il II comma, il quale stabilisce che 'la presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati'.

Ricollegandosi a quanto si stava dicendo, quindi, nei limiti delle competenze stabilite dai Trattati, i gruppi di soggetti, Stati o organi dell'UE, o gli individui, possono adire la Corte di Giustizia, per riscontrare eventuali violazioni dei diritti, e del diritto alla salute nello specifico.

---

[280] Il I comma elenca quali tali atti siano, in particolare quelli 'legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione, della Banca centrale europea […], nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi'.

[281] Art. 263 TFUE, II comma.

[282] Art. 263 TFUE, IV comma.

[283] Art. 7 TUE, I comma.

Se invece la violazione avviene al di fuori delle competenze previste dai Trattati, se si tratta di possibili violazioni dei diritti umani si perseguirà il percorso anticipato in precedenza, per cui la Corte di Giustizia valuterà se la violazione corrisponde alla violazione dei principi generali, che, come visto nel caso *Nold*, dipendono anche dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, quindi delle possibili, ed esistenti, differenze nelle loro interpretazioni di alcuni principi e diritti potrebbero minare l'effetto della tutela in quanto la Corte sarà restia a ravvisare un principio generale se non è condiviso da tutti[284].

La Corte Europea invece dei diritti dell'uomo potrà essere adita secondo la sua procedura e nei limiti degli effetti delle sue pronunce, che non sempre possono soddisfare, in particolare se si tratta di censure, se paragonate a quelle della Corte di Giustizia.

Occorre ora definire il contenuto del diritto alla salute, o meglio, del diritto di accedere e ricevere cure mediche, richiamando, in tal maniera, il volto sociale del diritto alla salute come conosciuto nella tradizione costituzionale italiana.

Ed il paragone con i diritti sociali, ed, in particolare, il volto sociale del diritto alla salute si rivela particolarmente efficace per spiegare un'ulteriore difficoltà della tutela del diritto alla salute nell'ordinamento europeo, anche in riferimento alla Carta dei diritti fondamentali.

Non tutte le disposizioni all'interno della stessa stabiliscono e conferiscono dei diritti autonomi, alcune sembrano, meglio, stabilire dei principi che non sono direttamente azionabili da parte degl'individui, tantomeno di quegli altri soggetti visti in precedenza.

Quindi, come si diceva per i diritti sociali e la loro difficile strada verso un pieno riconoscimento, anche questi 'principi' della Carta sembrano tutelabili solo se portati congiuntamente ad altri diritti violati, e quindi, così come detto in merito alla Convenzione[285], essi hanno un contenuto 'negativo' invece che 'positivo', vale a dire che non attribuiscono alcun obbligo alle istituzioni circa una loro tutela diretta e direttamente azionabile.

Il primo capoverso dell'art. 35 della Carta, nondimeno, non è stato ancora riconosciuto dalla giurisprudenza dalla Corte come un diritto, ma solo come un principio, che come si riteneva dei 'diritti sociali' inizialmente, ha solo una porta 'precettiva'.

Quindi, il *diritto* ad accedere ed ottenere le cure mediche non è una disposizione che prescrive un obbligo immediato alle autorità, che siano statali o europee[286], ma è una disposizione la quale violazione va allegata congiuntamente alla violazione di altri diritti ritenuti direttamente azionabili.

---

[284] Nel caso *Nold* visto in precedenza si trattava del diritto di proprietà e della sua libera esecuzione, che è stato riscontrato come presente e tutelato in tutti gli ordinamenti nazionali e dunque, valutato, come un principio generale.

[285] Di questa si diceva che la maggior parte del suo contenuto è definibile come libertà, vale a dire diritti di libertà, che come si è già avuto modo di stabilire, sembrano, nella maggio parte delle volte ed a parere della maggioranza, attribuire un obbligo 'negativo' in capo agli altri soggetti, cioè astenersi dall'interferire con la sfera di libertà del titolare del diritto, nonostante, come diceva Baldassarre, per poter garantire, e creare, un sistema in cui si escludesse tale interferenza un'azione 'positiva' dell'autorità è necessaria. Questa sembrerebbe direttamente sindacabile, ed azionabile, di fronte alla Corte.

[286] Qui si ricordi il limite di competenze dell'UE in materia sanitaria.

Solo per fare un esempio, l'art. 2 della Carta riconosce e tutela il diritto alla vita, ritenuto dalla Corte come direttamente azionabile[287], ciò potrebbe permettere l'allegazione della violazione del diritto all'accesso alle cure, ovvero la loro ricezione, quando è minato e posto a rischio anche il diritto alla vita, basti pensare ai casi in cui sono investite pratiche mediche come l'aborto, l'eutanasia.

In alcuni casi la violazione del diritto di accesso alle cure, in luce del diritto alla vita, è stato allegato anche in casi di insufficiente finanziamento del sistema, creando un possibile filone che se seguito dalla Corte permetterebbe importanti effetti a riguardo[288].

Così come l'art.2 molti altri sono i diritti ritenuti direttamente azionabili dalla Corte e che permettono, con essi, l'allegazione anche della violazione dell'art. 35[289].

Un altro molto importante da citare è l'art. 21 della Carta che proibisce ogni forma di discriminazione, per cui in caso di tale violazione, se occorrente in una circostanza di accesso alle cure mediche, dunque all'assistenza sanitaria essa, ulteriore violazione, sarà azionabile congiuntamente da parte del titolare, in particolare essa previsione potrebbe costituire un'importante garanzia per alcune minoranze residenti presso l'UE, si pensi alla comunità Rom, o alle donne migranti. A queste categorie di soggetti particolarmente vulnerabili sembrerebbe, dunque, garantita una possibilità di tutela ulteriore grazie alla Carta, ferme restando, tuttavia, le difficoltà che si potrebbero ravvisare nel provare che la discriminazione sia avvenuta per i motivi previsti dallo stesso art. 21 della Carta.

Nonostante quindi all'art. 35 della Carta non sia stato riconosciuto un contenuto che attribuisca un diritto agli individui, ha un'altra importante, e possibile, forma di utilizzo nell'ordinamento europeo, che è stata anche, indirettamente, anticipata nel vedere la relazione tra 'salute e mercato interno'.

Si diceva che il secondo paragrafo dell'art. 35 costituiva un 'super-mainstreaming' di quanto previsto dagli articoli 9 e 168 TFUE, vale a dire la previsione di includere la tutela della salute umana nelle attività e politiche dell'Unione.

Così facendo esso potrebbe costituire una base per portare all'attenzione della Corte misure inerenti alle libertà fondamentali del mercato interno, e l'esempio che si era fato valeva per i pazienti, ritenuti liberi di circolare per ricevere delle cure mediche in altri Stati membri.

Il diritto di accesso alle cure, in tal caso, si allegherebbe insieme a quelle disposizioni che, nei Trattati, riconoscono il diritto alla libera circolazione dei 'cittadini' europei.

In questo modo sembrerebbe possibile paventare l'esistenza di un diritto a ricevere le cure mediche, o ad accedervi, non limitatamente allo Stato di origine, ma anche in relazione ad altri Stati dell'Unione, grazie

[287] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, II sezione, Sentenza 1 marzo 2012, caso *Baris Akyüz*, C-467/10.
[288] Il riferimento è ai casi *Scialacqua V. Italia* (1998) e *Osman V. UK* (1998).
[289] Per maggiori riferimenti ed approfondimenti a riguardo si rimanda a J. MCHALE, *Fundamental Rights and health care* [77] ed anche a A. DE RUIJTER, *op. ult. cit.*, p.44 e ss.

all'applicazione delle libertà fondamentali del mercato interno, diritti fondamentali anch'essi dell'ordinamento europeo.

Riprendendo McHale, mentre parlava del 'super-mainstreaming' di Hervey, si veda quanto aggiungeva in merito a ciò che si sta dicendo al momento, 'constructing a 'right to health care', through the application 'economic' free movement principles rather the human rights principles'[290].

Un'affermazione del genere è molto importante perché, dato che l'UE ha una forte competenza, come si è visto, circa il mercato interno, in merito alla sua instaurazione, e funzionamento, in esso settore la possibilità di riconoscere, o, in alcuni casi, costituire un diritto all'accesso ed ottenimento delle cure mediche sembrerebbe più semplice ed efficace.

Sicuramente percorrere la strada dei diritti umani fondamentali sembrerebbe più idoneo, in particolare per garantire un'efficacia più importante ai diritti, e nello specifico, al diritto alla salute, di fatti quando si parlava del mercato interno, si è visto che esso potrebbe ben confliggere con alcuni principi fondamentali, che nell'assistenza sanitaria, altresì, si palesano in maniera molto esplicita, e sono il 'principio di uguaglianza' ed il 'principio di solidarietà'.

Le logiche sottostanti al mercato interno non necessariamente perseguono, o tutelano adeguatamente, tali principi, mentre invece le obbligazioni scaturenti dai diritti umani, o dal diritto alla salute, se fosse direttamente azionabile, sembrerebbero a buon titolo includere ed essere basate sugli stessi principi.

Da un lato, dunque, le libertà fondamentali con il contenuto dell'art. 35 della Carta sembrano dar modo di raggiungere importanti traguardi, e si vedranno esempi, come la Direttiva 2011/24/UE che permette la mobilità intra-europea dei pazienti europei per ricevere cure mediche in altri Stati membri; dall'altro questa strada non sempre risulterà priva di insidie, nei modi e per i motivi di cui si è già accennato.

Infine, la tensione tra diritto alla salute, ora si può dire, e mercato interno ha anche altre forme, alle quali va anche aggiunto, oltre che ricordato, che la tutela della salute costituisce una giustificazione alle misure che restringono o impediscono le libertà previste dai Trattati, quindi, se esse giustificazioni, fossero lette in congiunzione con la Carta e gli altri strumenti di tutela dei diritti umani, esse sarebbero ristrette ancor di più[291].

In conclusione si può riconoscere come, nelle sue peculiarità, e tuttavia grazie alle stesse, l'ordinamento europeo, con le sue fonti, può sembrare, e lascia immaginare, di essere una risposta evolutiva per la tutela della salute.

Un'applicazione nuova, ed innovativa, della Carta permetterebbe di dare nuova linfa al diritto alla salute, come in parte è avvenuto, si veda di nuovo la Direttiva 2011/24/UE.

[290] J. MCHALE, *Fundamental Rights and health care* [77], p. 303.
[291] T. K. HERVEY J. V. MCHALE, *op. ult. cit.*, p. 179 e ss.

Ed il tutto senza voler intaccare gli equilibri delle misure come stabilite dall'ultimo intervento sui Trattati, nello specifico, queste novità in materia di tutela della salute possono veder luce anche sulla base dell'attuale divisione di competenze tra UE e Stati membri.

Come si è detto, sembrerebbe essere sacrificata in maniera eccessiva la dimensione sociale per far spazio a quella economica, ma questa potrebbe essere una base di partenza per poi giungere a modificare, o rivedere, le divisione di competenze, e la soluzione, si riconosce, è del tutto estrema.

Tuttavia tale esperienza non si troverebbe isolata nel panorama storico dell'evoluzione dell'UE[292], quindi sembrerebbe di proporre, tutto sommato, un'idea che richieda di volgere un occhio al passato, alle motivazioni che spinsero a quelle soluzioni per cercarne di nuove nel presente, così da compiere passi in avanti verso la tutela di quelle lettere che l'UE fa proprie, come manifesto nell'art. 2 TUE:

"L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".

1.5. Alcuni sistemi sanitari nell'Unione Europea

È giunto il momento di illustrare ed analizzare dei sistemi sanitari che sé possibile ravvisare viaggiando tra alcuni dei Paesi membri dell'Unione Europea.

Si prendano in considerazione quelli che sono più utili, e coerenti, al fine di quest'analisi, in particolare quello belga, tedesco, francese e spagnolo, che costituiscono, altresì, gli esempi migliori di modelli esistenti nei diversi Stati membri, in quanto dotati delle principali caratteristiche tipiche dei vari sistemi e basati sui valori comuni che compongono quest'ultimi.

Come si avrà modo di vedere anche nel proseguo, solitamente i sistemi sanitari sono divisi in due grandi categorie, il modello c.d. Beveridge, a cui sono ascrivibili sia il sistema sanitario italiano che spagnolo, ed il modello c.d. Bismarckiano, del quale fanno parte i sistemi dell'Europa continentale[293].

Infine vi è il sistema sanitario francese che, caratterizzato da elementi ora di un modello, oltra dell'altro, rappresenta un'ibridazione di questi due, e merita una trattazione perché rappresenta una sintesi utile a fornire una panoramica completa dei sistemi esistenti in Europa.

[292] Occorre far menzione che sin dalla sua creazione la CEE, ora UE, ha affrontato momenti di crisi che con la solidarietà e la cooperazione, oltre che il buon senso, furono superati. Negli anni 60 venne stipulato il Compromesso di Lussemburgo (1966) per porre termine al fenomeno chiamato 'della sedia vuota'. L'atto Unico Europeo del 1986 costituì un passo avanti verso un'Europa sociale che chiese ad alcuni Stati più liberisti e filo-mercantilisti, il Regno Unito su tutti, di accettare tale volto dell'UE. A ciò seguì il famoso Trattato di Maastricht (1992) che invece andava più verso le intenzioni di tali ultimi Stati liberisti, introducendo però elementi di un'Europa sociale, come la Cittadinanza europea. L'UE è, in quanto unione anche politica, compromesso, come compromesso è la politica.

[293] In particolare Germania, Belgio e Olanda.

Rimane fermo il fatto, ad ogni modo, che ogni Stato membro organizzerà autonomamente la tutela della salute nel suo territorio, e quindi, anche se due Stati adottano entrambi un sistema ascrivibile ad uno dei due modelli, vi saranno sempre delle minime differenze che saranno legate a fattori intrinsechi del Paese membro, quali la sua storia, la sua tradizione, cultura, anche giuridica, e situazione economica, sociale e politica.

Dunque, di questi sistemi che si intende analizzare verranno illustrati gli aspetti principali, quali il fondamento costituzionale, o di rango equivalente, della tutela della salute, l'organizzazione e funzionamento del sistema stesso, vedendo, quindi, chi sono i principali attori, come sono erogate le prestazioni, e come esso sistema viene finanziato.

Tutto ciò risulterà rilevante anche in forza di quanto verrà detto successivamente, in quanto, addentrandosi nello studio dell'ordinamento europeo e della tutela della salute, si vedrà come l'interazione del diritto europeo e delle regole nazionali sulla tutela della salute assuma connotazioni diverse se ora si tratta di sistemi ascrivibili ad un modello più che ad un altro, come si vedrà, altresì, che non vi sono differenze tra questi, nel senso che le regole europee penetrano in entrambi senza grandi differenze.

Questi sistemi, dunque, rientreranno in gioco successivamente, e se ne vedano ora gli aspetti rilevanti.

1.5.1.Il sistema belga

Il sistema belga merita una trattazione in quanto costituisce un esempio importante di un sistema sanitario peculiare all'interno dell'Unione Europea, inoltre anche lo Stato del Belgio come ordinamento è dotato di caratteristiche peculiari, in quanto una delle monarchie all'interno dell'Unione, ed uno degli Stati federali nella stessa.

Cominciando dall'analisi delle sue disposizioni costituzionali, si dica che, al pari di altri Stati europei, anche il Belgio aveva conosciuto la sua fase costituzionale nel corso del XIX secolo, e, come gli altri Stati, essa costituiva un esempio di Costituzione liberale, in cui trovavano poco spazio, o nessuno, i diritti sociali, ancora lungi dal fare il proprio approdo nella tradizione costituzionale europea.

Si tratta della Costituzione del 1831, ed in essa non vi è alcuna previsione che riconosca un diritto alla salute, ovvero una formula costituzionale che espressamente tuteli la salute.

Si deve attendere gli anni Novanta del secolo scorso per vedere una disposizione che preveda una tutela dei diritti sociali, andando a tradurre, nel testo costituzionale, le conquiste giurisprudenziali che si sono susseguite in merito a quest'ultimi e di cui si è detto nelle pagine scorse.

Di fatti, nel 1993 viene inserito l'art. 23 che recita:

"Ognuno ha il diritto di condurre una vita conforme alla dignità umana.

A tale fine, la legge, il decreto ovvero il provvedimento normativo di cui all'articolo 134 garantiscono, tenendo conto dei corrispondenti doveri, i diritti economici, sociali e culturali e definiscono le condizioni del loro esercizio".

Anche se non espressamente, la tutela della salute si evince dalla lettura congiunta dei due commi, in particolare nella parte in cui si riconosce il diritto ad una vita conforme al concetto di dignità umana, che sarà necessario declinare in un modo che sia aderente all'individuo ed alla sua persona.

In tal senso essa assume, e mantiene, l'aspetto negativo tipico dei diritti di libertà, esclusivamente inclusi nella Costituzione precedente di formulazione Ottocentesca.

Il II comma, però, permette una similitudine con l'art. 32 della Costituzione italiana, in particolare nella misura in cui chiama in causa le autorità pubbliche, dando anche un carattere positivo alla tutela della salute.

Di fatti, al fine di realizzare 'il diritto di condurre una vita conforme alla dignità umana', gli atti elencati nel II comma mirano a garantire i diritti economici, culturali ed in particolare quelli sociali.

'Si noti, infine, che la previsione costituzionale non prevede espressamente a quale livello di governo spetti assicurare la protezione della salute. Anzi, colpisce l'apertura del secondo comma dell'art. 23, che rinvia genericamente a "la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134"[294].

Per comprendere, quindi, la suddivisione di competenze si devono vedere altre disposizioni, e ricordare la suddivisone interna dell'ordinamento belga.

Si diceva di questo come di una monarchia parlamentare federale, federalismo che si è voluto rafforzare proprio negli anni Novanta, in cui è stata effettuata la riforma costituzionale grazie alla quale si è inserito l'art. 23 nella Costituzione.

Il Belgio è suddiviso in Regioni e Comunità e 'sia Regioni che Comunità hanno un Consiglio dotato di poteri legislativi, con l'eccezione delle Fiandre, ove si sono fusi gli organi legislativi regionali e comunitari, dando vita ad un legislatore unico'[295].

Per cui si trovano, nel Regno Belga, diversi livelli di governo, e, stando al testo dell'art. 23 sembrerebbe che la tutela dei diritti ivi inclusi debba solo essere effettuata con gli atti legislativi individuati, come i decreti o la legge ordinaria.

E occorre far riferimento proprio a questa, in particolare la Legge speciale 8 agosto 1980 che attribuisce alle Comunità le competenze riguardanti la soddisfazione dei bisogni degli individui differenziabili in base al territorio.

Quindi, nel rispetto del principio di sussidiarietà, le Comunità sono viste come i livello di governo migliore per soddisfare la tutela dei diritti sociali di cui all'art. 23 Costituzione belga.

Nello specifico queste si occupano di materie come la prevenzione medica, educazione sanitaria, e nel rispetto delle regole federali, circa assistenza sanitaria e accreditamento dei privati[296].

---

[294] L. CUOCOLO, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo: profili di diritto interno e comparato*, p. 294, Roma, LUISS University Press, 2005.

[295] *Ibid.*, p. 326.

[296] In tale senso si può paragonare, per queste caratteristiche, il sistema belga a quello italiano circa divisione di competenze tra Stato e Regioni.

Lo Stato invece, come anche avviene in Italia, detiene le competenze volte a disciplinare il finanziamento del sistema, la struttura legislativa organica costituente lo stesso, e le regole, nonché i criteri inerenti all'assicurazione, in quanto, come detto, il sistema sanitario belga rientra nel modello bismarckiano famoso per essere caratterizzato dalla presenza di assicurazione che i cittadini devono sottoscrivere al fine di ricevere cure ed il rispettivo rimborso.

Detto ciò si passi ora a vedere gli aspetti più tecnici del sistema sanitario belga che, come si è appena detto, rientra in quei sistemi basati sulla sottoscrizione di assicurazioni sanitarie da parte dei cittadini.
Il sistema è principalmente pubblico e si deve alla riforma successiva alla II Guerra Mondiale la struttura che giunge fino ad oggi, nei suoi aspetti principali.
Con la Legge 28 dicembre 1944, un anno dopo alla riforma in Italia, viene istituita l'assicurazione obbligatoria per tutti i lavoratori dipendenti, che sarà via via estesa a molti più cittadini, comprendendo anche i lavoratori autonomi, che dal 2008 hanno lo stesso trattamento dei dipendenti, ed i c.d. inattivi, vale a dire i cittadini belgi che non sono entrati nel mondo del lavoro.
In particolare si deve ad una riforma di fine anni Novanta l'estensione universalistica della tutela della salute nello Stato belga.
Essa prevede che 'la residenza del Belgio sia requisito sufficiente per ottenere il diritto al rimborso delle cure mediche'[297].
Come molti Paesi europei, e come tutti quelli che si vedranno, anche la Costituzione del Belgio possiede delle norme che sanciscono il principio di uguaglianza, anche se nel suo aspetto formale, nel senso che nessun obbligo grava sulle autorità, come sancito dal II comma dell'art. 3 della Cost. italiana, nel dover rimuovere ostacoli inerenti alla realizzazione di suddetta uguaglianza[298].
Da ciò discende la previsione poc'anzi detta che mira a realizzare la tutela della salute anche per coloro che non sono lavoratori e che quindi possiedono un'assicurazione.
Circa il finanziamento del sistema, lo Stato si occupa di tale aspetto, e mira, altresì a garantire dei limiti di spesa conformi a quelli di cui al diritto europeo, che gravano altresì sugli Statu membri.
Un po' come avvenuto in Italia con le ASL e le Regioni, anche in Belgio le Casse mutue sono state rese più attenete e responsabili circa il contenimento della spesa, prevedendo che in caso di sforamento del budget nazionale, esse saranno tenute e sopportare tale costo.
Ad oggi esistono in Belgio più di cinquanta Casse mutue, e sono raggruppate in grandi Unioni, e arrivano a coprire, così, quai il 100% della popolazione.

[297] L. CUOCOLO, *op. ult. cit.*, p. 343.
[298] Esso principio è contenuto negli artt. 10 e 11 della Costituzione del Belgio.

Tornando al finanziamento invece, esso si compone, all'incirca, al 35% dalla spesa per l'assicurazione, una rispettiva percentuale si ottiene dalla fiscalità generale, il restante è costituito, al 5%, dalla spesa individuale e da altri fondi volontari.

1.5.2. Il sistema tedesco

Il sistema sanitario tedesco è a buon diritto incluso nell'elenco degli esempi di quelli da analizzare per varie ragioni, alcune delle quali affondano in motivi storici il loro motivo.

Esso ha due primati importanti, di fatti, uno è quello per cui esso ha costituito uno dei primi sistemi sanitari esistenti al mondo, non a caso il modello Bismarck prende il nome dal famoso Cancelliere tedesco che aveva per primo ideato questo tipo di sistema di assistenza.

Il secondo invece è di carattere giuridico-costituzionale, per l'esattezza.

Si era detto della Costituzione di Weimar (1919) nel I capitolo, e del suo carattere pioneristico in quanto costituiva la prima forma di tutela dei diritti sociali, nonché la loro prima apparizione in una Carta Costituzionale.

Di particolare rilevanza era l'art. 151 che 'subordina la libera iniziativa economica all'obbligo di garantire una vita dignitosa a tutti i cittadini'[299].

In questa disposizione si può ravvisare quella visione culturale propria dell'ordinamento tedesco che ben si coniuga con il concetto di base del modello bismarckiano, in particolare in quanto esso, come dice ancora Cuocolo, opera una "funzionalizzazione sociale" dei diritti, nel senso che la libertà economica, come diritto, va declinato con i nuovi diritti sociali, in particolare quello ad una vita dignitosa, e da qui discende il concetto di assicurazione sanitaria dei lavoratori, prima forma di sistema sociale.

Volgendo invece lo sguardo al presente, la nuova Costituzione del 1949, nonostante l'avanzare del tempo, non prevede una disciplina strutturata della tutela della salute, ma si vedano ad ogni modo le disposizioni costituzionali di maggiore rilevanza.

I primi due articoli sono di sicuro rilevanti, ed essi prevedono rispettivamente, la protezione della dignità umana[300], principio e concetto giuridico di grande rilevanza, che ha influito anche sulla formulazione dei Diritti Fondamentali dell'UE, e la tutela dei diritti di libertà[301].

Proprio in merito a quest'ultimo si dica che, a differenza di quanto visto nell'esperienza italiana, non vi è alcuna previsione in merito all'aspetto positivo della tutela della salute, nel senso che, l'art. 2, nel prevedere che siano tutelati il diritto alla vita ed all'integrità fisica, sancisce una tutela "negativa" della salute.

[299] L. CUOCOLO, *op. ult. cit.*, p. 302.
[300] Art. 1 Costituzione tedesca.
[301] Art. 2 Costituzione tedesca.

Ad arginare quanto appena detto ci pensano altre due importanti norme costituzionali, l'art. 3, innanzitutto, che, come quello italiano, prevede l'uguaglianza degli individui, anche se è molto debole per quanto concerne l'aspetto sostanziale del principio.

Di fatti la Costituzione prevede, al II comma, che le autorità pubbliche possano intervenire a promuovere l'eguaglianza solo tra uomini e donne, per quanto riguarda altri aspetti, quali religioni, etnie, orientamenti politici o sessuali, non vi è alcun obbligo testuale.

Tutto ciò è comunque smorzato a sua volta dal principio del rispetto della dignità umana di cui all'art.1.ù

Infine è importantissimo l'art. 19 della Costituzione, che prevede il divieto di eccessiva restrizione di un diritto fondamentale, soprattutto se interessa la dignità umana.

Si può dire che questi diritti non possono esse ristretti fino ad essere svuotati di contenuto giuridico, per cui anche se non espressamente sancito un diritto alla salute, la sua tutela merita di essere elevata al rango costituzionale, proprio perché concerne anche il rispetto della dignità umana.

Per quanto concerne la ripartizione delle competenze, e le rispettive regole costituzionali a riguardo, si dica che la Germania, come il Belgio, è uno Stato federale, suddiviso in *Lander*, mentre il principale organo federale centrale è il *Bund*, dotato di incisivi poteri decisionali.

L'art. 70 della Costituzione tedesca può essere assimilato all'art. 117 della Costituzione italiana in quanto opera un riparto di competenze in maniera esclusiva, nel senso che quanto non è espressamente competenza legislativa dello Stato è rimesso alla potestà delle Regioni.

Nel caso tedesco esso prevede, al I comma che 'I Länder hanno il diritto di legiferare nella misura in cui la presente Legge fondamentale non riservi alla Federazione le competenze legislative'.

Questi, come in molti altri Paesi, nel rispetto del principio di sussidiarietà, sono i titolari di varie competenze che più o meno direttamente incidono sulla tutela della salute, e sono contenute tutte nell'art. 74.

I punti rilevanti sono il *7* che prevede l'assistenza pubblica come competenza dei *Lander*, inoltre è importante il punto *19* e *19a* che prevedono nell'alveo delle competenze dei *Lander* 'le misure contro le malattie dell'uomo e degli animali, infettive e pericolose per la collettività, l'autorizzazione all'esercizio della professione medica e di altre professioni sanitarie, e all'esercizio dei mestieri sanitari, il commercio di medicinali, farmaci, narcotici e veleni; la sicurezza economica degli ospedali e la disciplina delle tariffe ospedaliere'.

Anche il punto *20* è importante in quanto concerne il controllo del traffico degli alimenti, potendo questi essere nocivi sia per la salute pubblica che del singolo.

Tutte queste disposizioni non prevedono un diritto alla salute, ma lette congiuntamente prevedono una tutela della stessa in favore degli individui, assegnando il compito specifico ai *Lander*.

Come ultima norma di raccordo, infine, da collegarsi anche alle prime due, si veda il III comma dell'art. 28 il quale prevede che 'la Federazione garantisce la conformità dell'ordinamento costituzionale dei Länder ai diritti fondamentali e alle disposizioni di cui ai commi primo e secondo'.

Dunque ecco un'altra importante obbligazione che a livello centrale le autorità devono assolvere, in particolare garantendo una parità di trattamento, e dunque uguaglianza di trattamento, quando si tratta di diritti fondamentali, nei quali si può far rientrare la tutela dell'integrità fisica, e dunque dello stato di salute dei cittadini.
Questa disposizione è stata interpretata anche come fondante lo spirito solidaristico del sistema sanitario tedesco, basato, altresì, sul principio di uguaglianza grazie al disposto dell'art. 3.

Tenendo a mente quanto appena detto, si vedano gli aspetti rilevanti del sistema sanitario tedesco, tra i migliori al mondo e più vecchi della storia.
Il sistema tedesco è caratterizzato dall'esistenza delle casse mutue, enti di diritto pubblico, accanto alle quali si trovano anche numerosi altri enti di natura privata, anche se ciò non incide sulla natura prevalentemente pubblica del sistema.
Proprio per questo motivo occorre tenere a mente quanto appena detto sulla ripartizione di competenze se si vuole analizzare il funzionamento e l'organizzazione interna del sistema sanitario tedesco.
'I cittadini tedeschi possono scegliere fra tre indennità sanitarie, finanziate sia dal datore di lavoro che dal lavoratore: l'assicurazione sanitaria, l'assicurazione per gli infortuni e l'assicurazione per l'assistenza a lungo termine (o *long term care*)'[302].
Brevemente, la prima assicurazione, quella sanitaria, è quella classica che i cittadini, dipendenti privati, con un reddito inferiore ad una certa soglia (53.550 Euro lordi), sono tenuti a sottoscrivere obbligatoriamente, ed essa è suddivisa in due principali tipi: l'assicurazione sanitaria statutaria, ovvero fondo di malattia, e l'assicurazione sanitaria privata, in cui si può registrare la presenza di maggiori attori privati in merito alla fornitura di servizi come la polizza assicurativa.
Proprio la prima di queste due è quella che i cittadini sopramenzionati devono sottoscrivere obbligatoriamente, mentre gli altri, vale a dire quelli i dipendenti privati con un reddito maggiore a quello indicato, ovvero i dipendenti pubblici ovvero ancora i dipendenti facenti parte di gruppi speciali, come i militari e forze dell'ordine, possono sottoscrivere altri tipi di assicurazioni.
E già soffermandosi su quanto detto si coglie un'opportunità per evidenziare il riparto delle competenze in tale settore.
Data la necessità, scaturente dall'art. 28 della Costituzione tedesca, per lo Stato federale, di garantire condizioni uniformi di rispetto e tutela dei diritti fondamentali in tutti i *Lander*, e quindi anche di tutela della salute, quest'ultima previsione sull'obbligatorietà della stipula, e copertura, di un'assicurazione statutaria per tutti i dipendenti privati con un reddito inferiore a quello sopraindicato, discende direttamente da una legge federale che vale per tutti i cittadini di ogni *Lander*.

[302] LUISS BUSINESS SCHOOL, *L'evoluzione dei modelli sanitari internazionali a confronto per costruire il servizio sanitario nazionale del futuro*, p. 45, Roma, AIOP, 2016.

'La disciplina dell'assicurazione è contenuta nel Libro V del *Sozialgesetzbuch*, approvato nel 1988 e da allora costantemente integrato e modificato'[303].

Stando alle statistiche attuali l'85% dei cittadini tedeschi è dotato di una polizza assicurativa sanitaria statutaria, mentre quella privata è stata sottoscritta da circa l'11%; infine, il restante 4% è coperto attraverso canali speciali, come i militari o i dipendenti pubblici.

Dunque si può vedere, al pari del sistema belga, come anche attraverso un modello sanitario rientrante nella categoria detta Bismarckiana possa al contempo prevedere una copertura universale del proprio sistema sanitario, senza alcuna previsione, si ricordi, che preveda, o tuteli, direttamente la salute di un individuo come avviene nella Costituzione italiana all'art. 32.

Questo tipo di assicurazione, ad ogni modo, copre gran parte delle prestazioni sanitarie che possono essere necessarie, dalle visite mediche classiche, alla prevenzione medica, alle semplici consulenze, alle visite ospedaliere ovvero ambulatoriali, a quelle più specifiche come ottiche, dentistiche ovvero psichiatriche.

Riguardo le altre due indennità sanitarie sopramenzionate, si dica dell'assicurazione contro gli infortuni a lavoro, che è finanziata interamente dal datore di lavoro.

Lo Stato federale, anche in questo caso, è dotato dei poteri più incisivi, a riguardo, in quanto disciplina le copertura della stessa, oltre che prevede le regole e le condizioni che il datore deve far rispettare nel proprio posto di lavoro affinché esso venga svolto in ambiente sicuro[304].

'La long term care è finanziata per metà dal datore di lavoro e per metà dal dipendente stesso (i pensionati pagano, invece, il contributo pieno) e copre tutti i casi in cui una persona abbia gravi limitazioni nelle attività della vita quotidiana (approvvigionamento di cibo, pulizia dell'abitazione, igiene personale, ecc.)'[305].

Essa costituisce un'indennità differente, per cui coloro che posseggono già una delle precedenti, devono sottoscriverne un'altra per ottenere le coperture ed i servizi che quest'ultima offre.

E riguardo a quest'ultima, dato l'oggetto delle sue coperture, vale a dire ambiti della vita di una persona che possono variare, come detto in precedenza, in base al territorio, sono i *Lander* gli organi pubblici che intervengono maggiormente nella sua disciplina.

Essi, in particolare, sono chiamati ad effettuare delle importanti trattative con le controparti, come associazioni di medici, per poter annualmente definire i prezzi dell'assicurazione dei cittadini, cercando, ovviamente, di definire quelli più vantaggiosi per quest'ultimi.

Preme infine sottolineare un aspetto circa l'ambito, appena delineato, dell'organizzazione interna del sistema sanitario tedesco, la forte presenza del pubblico.

---

[303] L. CUOCOLO, *op. ult. cit.*, p. 353.

[304] Tornando a quanto si diceva nelle pagine precedenti inerenti alla Costituzione di Weimar, e della sua "funzionalizzazione sociale" dei diritti, qui si vede un esempio di come l'attività imprenditoriale, strettamente legata al diritto di libera attività economica, debba essere responsabilizzata circa la tutela di diritti che nella tradizione giuridico-costituzionale tedesca assumono il carattere di diritti fondamentali.

[305] LUISS BUSINESS SCHOOL, *op. ult. cit.*, p. 46.

Di fatti come si è visto, sia nelle prime due indennità inerenti all'assicurazione sanitaria classica che a quella contro gli infortuni, sia nell'ultima di lunga durata, gli organi pubblici, ora il *Bund*, ora i *Lander*, intervengono e disciplinano per far in modo che le coperture sanitarie siano ricevute dall'intera popolazione, obiettivo indiscutibilmente raggiunto.

La presenza privata non è esclusa, ma è più o meno marginale, anche se con il tempo è aumentata, in particolare se presa in considerazione la percentuale di cittadini che l'assicurazione sanitaria ha raggiunto.

Stando ai dati del 2005[306], il 90% dei cittadini era coperto dall'assicurazione sanitaria statutaria, mentre il resto da quella privata, che ad oggi invece è aumentata.

Discorso diverso invece va fatto per quanto concerne l'erogazione dei servizi sanitari, in cui la presenza di operatori privati è maggiore, se non, per certi aspetti, favorita, in quanto è condivisa l'idea che una maggiore concorrenza giovi ai cittadini in quanto determinerebbe una riduzione dei prezzi, qui delle prestazioni sanitarie, fermo restando l'alto livello di professionalità e qualità.

Quanto detto è particolarmente vero se si prende in considerazione l'attività medica *stricto sensu*, di fatti nel sistema sanitario tedesco si trovano moltissimi medici organizzati in forme autonome per svolgere la propria professione, anche tramite modalità associative, e sono sempre questi coloro, come in Italia con le ASL, che gestiscono gli ambulatori, che erogano, non a caso, sempre una pluralità di prestazioni, proprio grazie alla diversificazione di profili medici che lavorano in essi.

Rimanendo ancora nell'ambito degli erogatori delle prestazioni sanitarie, si dica degli ospedali che costituiscano, proprio al fianco degli ambulatori, il soggetto erogatore dei servizi sanitari.

Dire degli ospedali, inoltre, è importante perché si vedrà nel proseguo come i tagli alla sanità abbiano interessato quest'ultimi, ed in particolare, la loro capacità di ricovero.

La Germania, ad ogni modo, costituisce un esempio di eccellenza per quanto concerne la cure ospedaliere, infatti essa non solo possiede un elevato numero di cliniche, ma è anche il Paese europeo, anche a livello internazionale detiene una posizione di primato, con la media migliore di letti di ospedale ogni 100.000 abitanti.

La disciplina degli ospedali, stando alle disposizione costituzionali, è nell'alveo dei *Lander* i quali sono anche chiamati a svolgere le trattative per i prezzi della *long term care*, ed infatti questa è proprio quella che serve in quanto in Germania si assiste ad 'altissimo tasso di ospedalizzazione (25 ricoveri ogni 1.000 abitanti, rispetto alla media dell'OCSE di 15,5 e la media di 16,2 in Svezia e 12,8 in Italia) e con una lunghezza media del soggiorno pari a 9,2 giorni, rispetto alla media dell'OCSE di 7,4, e la media di 6,0 in Svezia e di 7,7 in Italia'[307].

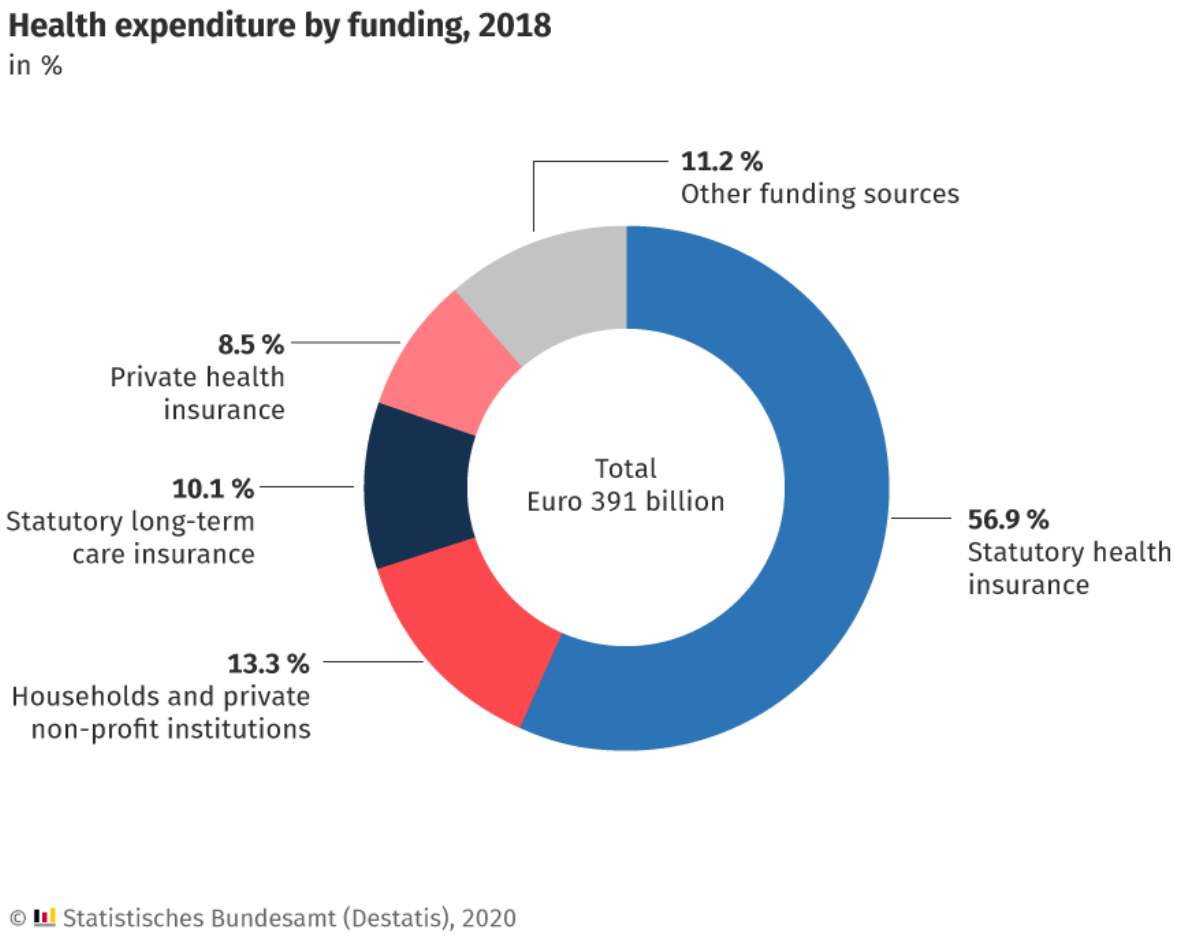
[306] L. CUOCOLO, *op. ult. cit.*, p. 353.
[307] LUISS BUSINESS SCHOOL, *op. ult. cit.*, p. 52.

Dato che ciò rende la cura, e di conseguenza anche il rimborso assicurativo, particolarmente costosi, il governo tedesco, quindi il *Bund*, ha optato per una riduzione del tempo di degenza, che prima era di 14 giorni, ora di 9, e la media quasi si allinea a tale previsione, inoltre i medici, di cui si diceva, sono ora dotati della possibilità di svolgere la funzione c.d. *gate-keeper*, nel senso che con la loro diagnosi hanno la possibilità, come in Itali fanno i medici di base, di filtrare coloro che necessitano realmente di accedere a cure specialistiche ovvero di lunga degenza.

Per completare la panoramica inerente al sistema sanitario tedesco, si vedano anche brevemente le principali regole inerenti al finanziamento dello stesso, di nuovo, perché importante con quanto si dirà successivamente.

La Germania è uno dei Paesi che spende maggiormente nel settore sanitario, di nuovo, a riprova dell'importante intervento pubblico, che non lo è altrettanto se si tratta di erogazione delle cure.

Essa ha investito, stando a quanto riporta l'istituto statistico tedesco (DESTATIS), l'11,7% del Pil nell'ultimo anno a favore delle spese sanitarie, di più rispetto alla media europea, e comunque anche di più rispetto agli ultimi anni, soprattutto quelli successivi alla crisi del 2008.Qui si vede, sulla base di quella che è la spesa espressa in Miliardi di Euro, come questa sia composta circa il suo finanziamento:



Volendo ancora tracciare una distinzione tra le fonti private e pubbliche, di nuovo si vede come l'intervento pubblico sia preminente e, se si pensa all'elevata qualità del servizio, anche se in parte erogato da prestatori privati, questo sembrerebbe costituire una fonte di garanzia affinché il servizio sia universale, uniforme e di livello.

1.5.3.Il sistema spagnolo

Passando ad analizzare il sistema sanitario spagnolo si muoverà dal modello Bismarckiano a quello detto Beveridge, di fatti la sanità spagnola per alcuni aspetti richiama sensibilmente quella italiana, in quanto posseggono simili caratteristiche, che appartiene proprio al secondo modello.

Si cominci, ad ogni modo, come fatto in precedenza, presentando le principali disposizioni costituzionali che riguardano la tutela della salute.

Innanzitutto va detto che la Costituzione spagnola è la più giovane nel panorama di quelle appena viste, essa è stata emanata il 27 dicembre 1978 e, come si vedrà a breve, si ispira alle più importanti e famose Costituzioni europee, circa la sua formulazione e contenuto.

Prendendo in considerazione proprio il suo contenuto si veda la disposizione che interessa direttamente la tutela della salute, fondando il rispettivo diritto alla sua difesa, norma che non è presente nelle due Costituzioni precedenti, anche se ciò non inficia la tutela della stessa nei medesimi ordinamenti.

Si tratta dell'art. 43 che è impostato sulla base dell'art. 32 della Costituzione italiana, e recita:

"Si riconosce il diritto alla protezione della salute.

Compete ai pubblici poteri organizzare e tutelare la salute pubblica con le modalità preventive e le prestazioni e servizi necessari. Al riguardo, la legge stabilirà i diritti e i doveri di tutti.

I pubblici poteri svilupperanno l'educazione sanitaria, l'educazione fisica e lo sport. Inoltre agevoleranno l'adeguata utilizzazione del tempo libero".

Il primo comma, al pari delle norme già viste in altri Paesi, costituisce il fondamento per la tutela, in negativo, della salute, vale a dire che essa è tutelata nei confronti delle possibili ingerenze di autorità pubbliche ed altri privati[308].

Ma a differenza degli Stati precedentemente visti essa norma, se letta nella sua interezza, fonda anche l'aspetto positivo del diritto alla salute, gravando le autorità della tutela di quest'ultima, anche se in una forma particolarmente indefinita.

Ciò è vero nella misura in cui la norma non si preoccupa di specificare che prestazioni siano necessarie, ovvero quali siano i diritti dei cittadini, ovvero i doveri delle autorità, per cui rimane anche incerta la possibile diretta esecuzione della norma, al pari dell'evoluta giurisprudenza sui diritti sociali.

[308] Essa Costituzione costituisce un progresso importante per la Spagna, ed una cesura con la dittatura fascista di origine franchista, perciò la tutela della salute e dell'integrità fisica, di cui all'art. 15 della Costituzione spagnola, sono norme che trovano lo stesso fondamento di quelle sorte subito dopo gli orrori della II Guerra Mondiale.

‘È inoltre necessario por mente alla collocazione sistematica dell’art. 43: esso è compreso nel *Capitulo tercero* del *Titulo primero*, dedicato ai diritti e doveri fondamentali’[309].

Le disposizioni che sono contenute nello stesso *Titulo* ricevono una menzione dall’art. 53 della Costituzione, il quale recita che ‘i1 riconoscimento, il rispetto e la protezione dei principi riconosciuti nel Capitolo terzo ispireranno la legislazione positiva, la pratica giudiziaria e l'azione dei pubblici poteri. Potranno essere addotti di fronte alla giurisdizione ordinaria soltanto in conformità con il disposto delle leggi che li attuano’.

Questa disposizione è per vari aspetti molto controversa in quanto da un lato completa il testo, ovvero le lacune, dell’art. 43, specificando la portata delle regole, ma dall’altra “declassifica” il diritto alla salute ad un mero principio, non allineandosi, invece, alle evoluzioni giurisprudenziali occorse nei Paesi europei, dalle quali Costituzioni quella spagnola prende ispirazione, che hanno aumentato la portata dei diritti sociali, come quello alla tutela, positiva, del diritto alla salute.

La cosa che più risalta all’occhio, e che interessa, è la necessità, per l’attivazione del diritto alla salute, della legge nazionale ordinaria, senza la quale, come avveniva quando i diritti sociali non erano parificati a quelli di libertà, non vi si ravvisa modalità di *enforcement*.

‘Da quanto appena affermato consegue che non vi è alcun dovere costituzionale, a carico dei pubblici poteri, di porre essere un sevizio sanitario nazionale; né, tantomeno, di garantire cure gratuite ai cittadini. Gli unici soggetti che possono vantare un diritto (vero e proprio) a cure gratuite sono infatti gli indigenti’[310].

Proprio questo ultimo passaggio permette di compiere un passo avanti vedendo ulteriori disposizioni che concernono ancora la tutela della salute.

In particolare si cominci dall’art. 1 in cui si sancisce che ‘La Spagna si costituisce come Stato sociale e democratico di Diritto’[311].

Ciò intanto a riprova, da un lato, dell’apertura che la Costituente spagnola ha voluto dare alla Monarchia iberica, perciò questo importante principio permette di leggere sotto una certa luce anche l’art. 43 inerente alla tutela della salute.

Ritornando a quest’ultima, ed al fatto che le cure agli indigenti sono gratuite, si deve leggere l’art. 15 che prevede tale onere, uguale a quello dell’art. 32 della Costituzione italiana, gravante sulle autorità.

Dunque altre disposizioni costituzionali se lette congiuntamente mitigano la “declassificazione” operata dall’art. 53 Cost.

I più importanti articoli a riguardo sono l’art. 9, II comma e l’art. 14.

Partendo proprio da quest’ultimo, esso sancisce il principio di eguaglianza formale dei cittadini, ed a differenza di quanto sancito dall’art. 1 della Costituzione tedesca, che invece riguarda tutti gli esseri umani, dei soli cittadini, al pari comunque di quanto previsto anche dalla Costituzione italiana e belga.

---

[309] L. CUOCOLO, *op. ult. cit.*, p. 306.
[310] L. CUOCOLO, *op. ult. cit.*, p. 307.
[311] Art. 1 Cost. Spagnola, I comma.

Ancora più importante è il primo articolo citato, l'art. 9, e nello specifico il II comma che prevede:

"Compete ai pubblici poteri promuovere le condizioni perché la libertà e l'eguaglianza dell'individuo e dei gruppi cui partecipa siano reali ed effettivi; rimuovere gli ostacoli che impediscono o rendono difficile la loro realizzazione e agevolare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale".

Se si leggono tutte queste norme nel loro insieme, e si tiene a mente anche il fatto che, ai sensi dell'art. 53, questi articoli sono anche direttamente azionabili di fronte le corti nazionali, si può intravedere il carattere, per l'appunto, sociale della Monarchia spagnola, e come si ravvisino varie disposizioni costituzionali che invece attribuiscono particolari obblighi a capo delle autorità pubbliche, per cui anche inerentemente alla sanità vi si possono intravedere possibilità di rafforzamento del *principio* della tutela della salute, a diritto vero e proprio.

Infine, concludendo l'analisi delle disposizioni costituzionali, si dica della divisione di competenze, ricordando che la Spagna costituisce un ordinamento particolare, fortemente autonomistico, così anche è sancito negli artt. 2 e 3.

Di fatti la Spagna è composta da varie Provincie e Regioni alle quali può essere riconosciuta una certa autonomia in ragione di legami culturali, tradizionali e linguistici che le uniscono, così vale per la Catalogna, i Paesi Baschi, la Galicia.

Gli articoli quindi rilevanti sono l'art. 148 e 149 della Costituzione, che disciplinano la divisione di competenze sia in un primo momento di transizione da quando la Costituzione viene approvata sia poi una volta consolidatesi questo momento.

All'inizio infatti le neo-Comunità hanno la possibilità di attrarre a sé alcune competenze, prima che siano trascorsi cinque anni dall'entrata in vigore della Carta Costituzionale.

Prendendo in considerazione l'art. 149 che concerne la divisione di competenze in senso generale, e duraturo, esso prevede materie di competenza statale, e stabilisce che quelle materie non incluse spettano alle Comunità, un po' come si vede in Italia ed in Germania.

La Spagna, d'altronde, non è uno Stato federale come quest'ultima, ma per alcuni aspetti predilige l'autonomismo maggiormente dell'Italia.

Tornando alle competenze suddivise tra queste, rileva il n. 1 della lista in cui si attribuisce allo Stato la competenza di stabilire le condizioni affinché l'eguaglianza tra gli spagnoli non sia minata, per cui ritorna il carattere sociale dello Stato.

La tutela della salute in quanto non un vero e proprio dovere non rientra nella lista, perciò le Comunità saranno chiamate a regolare le questioni inerenti alla tutela di questa che si differenziano di territorio in territorio, mentre lo Stato manterrà il controllo sugli elementi generali quelli che riguardano, in sostanza, l'intera popolazione, ovvero interessi nazionali, come si dirà del finanziamento.

‘Quanto al sistema sanitario effettivamente delineato dalla legislazione ordinaria, la *Ley General de Sandiad*, n. 14/1986 (successivamente modificata ed integrata dal d.l. n. 10/1996 e dalla conseguente l. n. 15/1997) ha dato vita ad un sistema nazionale, che ha superato il precedente modello assicurativo, a vantaggio di un modello universale, finanziato esclusivamente tramite la tassazione’[312].

Come l’Italia anche la Spagna, solo 8 anni dopo la prima, passa da un sistema assicurativo come quello tedesco a quello universale, che richiama per molti aspetti quanto visto in precedenza con il SSN.

Si dicano dunque gli aspetti, positivi e negativi, che permettono di compiere un parallelismo con questo.

Innanzitutto, come in Italia, il sistema è suddiviso in varie articolazioni comunitarie, che nel caso nostrano sarebbero le Regioni, e dunque, data l’impossibilità di prendere in considerazione ciascun sistema locale, si dica che, sempre al pari del SSN, lo Stato si occupa di mantenere il rispetto del principio di uguaglianza di cui agli artt. 9, II comma e 14 della Costituzione, perciò esso persegue la soddisfazione dei valori, comuni anche al sistema italiano, dell’universalità delle prestazioni, dell’uniformità di queste, e della possibilità di eguaglianza di accesso alle prestazioni.

Il tutto deve essere anche garantito rispettando i vincoli finanziari, per cui dal governo centrale saranno realizzate politiche volte proprio a queste finalità.

Le autonomie locali dovranno invece, nel concreto, e nel rispetto delle necessità dei propri residenti, garantire l’accesso e l’erogazione delle prestazioni sanitarie, quest’ultime, in particolare, ed a differenza della Germania, di natura prettamente pubblica.

Circa le autonomie locali si dica ancora che ‘non tutte […] hanno assunto simultaneamente la piena competenza in materia sanitaria: le prime sono state la Catalogna nel 1981, l’Andalusia nel 1984, i Paesi Baschi e Valencia nel 1988, Navarra e la Galizia nel 1991, le isole Canarie nel 1994. Più recentemente il trasferimento di funzioni ha coinvolto anche le rimanenti dieci Comunità’[313].

Ciò è avvenuto sulla base delle regole che si dicevano sugli artt. 148 e 149, che prevedevano differenti regole circa il primo periodo di transizione di entrata in vigore della Costituzione.

Ma quanto detto è anche la ragione di una forte differenza circa la tutela della salute nelle diverse Comunità, sia in base a quando queste hanno assunto le loro competenze, sia in base alla loro situazione economica.

Ciò richiama senza dubbi quanto detto affrontando lo studio del SSN, si diceva, di fatti, che uno dei maggiori problemi di questo è, anche in violazione del principio di universalità del sistema e di uniformità di accesso e di prestazioni sul territorio, proprio lo stato differente dei diversi sistemi sanitari regionali.

[312] L. CUOCOLO, *op. ult. cit.*, p. 358.
[313] L. CUOCOLO, *op. ult. cit.*, p. 358.

1.5.4.Il sistema francese

Si concluda vedendo un altro sistema sanitario importante all'interno del panorama europeo, dalle origini più risalenti, al pari di quello tedesco, e con il quale condivide anche alcuni aspetti, ma, si deve dire, del tutto peculiare rispetto ad altri.

Si tratta del sistema sanitario francese, orientato, al pari di quello spagnolo ed italiano, alla copertura universale dei cittadini, anche se non basato sul finanziamento proveniente dalla fiscalità generale e non unitario come questi.

Il sistema francese, ma a ben vedere più in generale l'ordinamento francese, merita di essere analizzato per due ragioni.

Innanzitutto la sua tradizione costituzionale e di diritti dell'uomo è tra le più vecchie del mondo, essendo dunque ricca di enfasi, fascino e contenuti unici.

Inoltre la Francia rappresenta, da sempre, il prototipo di Stato centralizzato, dove il potere doveva essere in un luogo singolo, ma adatto a raggiungere ogni angolo del Regno/Repubblica.

La Costituzione francese è relativamente recente, è del 1958, ma non è solo ad essa che va fatto riferimento, in quanto 'il *Conseil Constitutionnel* ha individuato un *bloc de constitutionnalité*, ovvero un insieme di norme, anche esterne al testo del 1958, che devono essere utilizzate per valutare la conformità delle leggi'[314].

Non soffermandosi sulle regole inerenti alle questioni di legittimità costituzionale, si dica esso *bloc* da cosa è composto.

Compongono questo insieme di norme costituzionali la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, i principi fondamentali di cui alle leggi della Repubblica e i principi contenuti nel Preambolo della Costituzione del 1946.

Nonostante la risonanza che questi nomi abbiano va detto che l'ordinamento francese è sicuro famoso per la garanzia della libertà dei suoi cittadini, categoria nella quale si può inserire solo parzialmente il carattere del diritto alla salute, in particolare se nella sua forma sociale.

Dunque si deve parlare del Preambolo sopramenzionato che prevede dei principi sociali, oltre che economici e politici, in favore dei cittadini, in particolare si prevede che a questi va assicurato, da parte della nazione, condizioni di vita atte a favorire il loro sviluppo, così come previsto all'art. 3 della Costituzione italiana.

Inoltre lo stesso prevede la tutela della salute, e dell'assistenza in loro favore, in particolare se si tratta di fanciulli e madri.

Come avviene nel caso spagnolo, quindi, anche qui si assiste ad una classificazione della tutela della salute a mero principio, che ha natura, come più volte ha dichiarato il *Conseil*[315], prevalentemente precettiva, per cui,

[314] *Ibid.*, p. 308.
[315] Si veda in particolare la sentenza del 15 gennaio 1979, *décision* 74-54 DC.

come si diceva dei diritti sociali, serve l'intervento statale, nella figura del legislatore ordinario, al fine di dar forma e corpo alla salute degli individui.

Se si vuole cercare, ad ogni modo, una definizione più soddisfacente della tutela della salute come diritto, normalmente i costituzionalisti francesi identificano questo, come anche è avvenuto in altri ordinamenti, tra cui quello italiano, come un diritto a prestazione, che ancora non eguaglia il rango costituzionale che altri Paesi gli attribuiscono.

Volendo passare in rassegna le altre disposizioni costituzionali, vedendo se aggiungono altri contenuti, al principio della tutela della salute, si dica che, e ciò non sorprende, anche nell'ordinamento in esame si trovano disposizioni che sanciscono l'uguaglianza dei cittadini e degli esseri umani.

Inerente a quest'ultimo aspetto è la Dichiarazione del 1789, che con un senso più formale stabilisce l'uguaglianza degli esseri umani, non sufficiente, comunque, alla rimozione delle differenze e disuguaglianze, che sono affrontate più direttamente dal Preambolo della Costituzione del 1946, che sancisce il principio di uguaglianza sostanziale tra i cittadini.

Riportando il tutto nella sfera della tutela della salute, il principio di uguaglianza si traduce nel fatto che se il legislatore decidesse di dar contenuto al principio di tutela della salute, esso dovrebbe essere applicato in modo da tutelare tutti i cittadini, perciò si andrebbero a realizzare i principi di universalità del sistema, di uniformità delle prestazioni e di uguaglianza di accesso.

Non è possibile infine eseguire una attenta e più completa analisi delle disposizioni costituzionali in quanto una lista dei diritti come nelle altre Costituzioni viste non esiste, ed inoltre non vi è molto da dire circa la divisione di competenze in quanto, come riportato in apertura, la Francia si caratterizza per il suo forte senso di unità e centralità, che sarà interessante da rapportare vedendo come anche soggetti privati siano entrati a diversificare il settore dell'erogazione dei servizi sanitari.

Si veda dunque il sistema sanitario francese più nello specifico, cominciando dall'illustrare le sue caratteristiche principali, vedendo poi che tipo di ruolo rivestono le autorità pubbliche, sulla base di quanto appena detto.

Si era anticipato nelle prime righe che il sistema francese possiede delle caratteristiche tipiche di uno e l'altro modello sanitario.

In particolare, come il sistema Bismarckiano, anche quello francese si caratterizza per la presenza di assicurazioni sanitarie che sono tendenzialmente obbligatorie per tutti i cittadini, o meglio, lavoratori dipendenti.

Esistono due tipi di assicurazioni principali, quella statutaria e quella volontaria, che rimane residuale, più aperta alla presenza di operatori privati, e con oggetti di copertura completante quello della statutaria, che rimane ad ogni modo la principale assicurazione dei francesi.

Il fatto di essere ammessi all'assicurazioni grazie all'attività lavorativa, ed al rispettivo versamento di un parte del reddito, non rende questa indennità meno efficace, o fonte di disuguaglianze, di fatti 'l'accesso al sistema di assicurazione statutaria è acquisito attraverso l'attività lavorativa, oppure è concesso come un beneficio statale alle persone (e le loro famiglie) che hanno perso il lavoro, ma sono stati precedentemente impiegati, agli studenti e ai pensionati. Lo Stato, inoltre, copre le spese di assicurazione sanitaria di tutti coloro che sono residenti, ma che non hanno diritto all'assicurazione sanitaria (ad esempio, coloro i quali non hanno mai lavorato o che sono disoccupati da oltre due anni) e finanzia i servizi sanitari per i residenti non ancora legalizzati che hanno presentato domanda perla residenza'[316].

Ciò quindi già delinea in parte che ruolo fondamentale rivesta lo Stato, ovvero l'amministrazione centrale, nell'assicurare la tutela sanitaria per tutti.

Concludendo la panoramica inerente all'assicurazione, si dica che esistono tre principali schemi che la compongono, e che interessano la quasi totalità dei dipendenti, ed indirettamente dei cittadini in quanto, come avveniva nell'Italia durante il regime mutualistico, così come avviene in Germania, la copertura dell'assicurazione è estesa anche ai membri della famiglia del lavoratore, o lavoratrice, interessato/a.

Essi schemi sono quelli per i lavoratori dipendenti, per i lavoratori del settore agricolo e autonomi.

Ricollegandosi a quanto si diceva dell'intervento statale si dica che dal passaggio sopra riportato si può evincere un aspetto del sistema francese peculiare che lo ravvicina ai sistemi ascrivibili al modello Beveridgiano.

Lo Stato si è visto che partecipa per annullare le differenze esistenti tra i cittadini, quindi, in tal caso, tra i lavoratori, obbligatoriamente iscritti al sistema assicurativo, partecipi del suo finanziamento, e quelli inattivi che altrimenti rimarrebbero senza coperture, quindi, tutela della propria salute.

Nel far ciò l'amministrazione centrale si basa sul principio di solidarietà, che caratterizza anche altri aspetti del sistema come il finanziamento, di fatti 'maggiormente una persona è malata, minore è il pagamento che questa deve corrispondere al sistema sanitario'[317].

Attraverso tale meccanismo la Francia ha dato vita, anche grazie a riforme migliorative di questo, ad un sistema che è tra i migliori al mondo, che alle caratteristiche tipiche dell'assicurazione sanitaria Bismarckiana ha affiancato il raggiungimento della copertura universale, di fatti il 99,9% dei cittadini è coperto da un'assicurazione sanitaria, che copre, va detto, la maggior parte delle prestazioni, da quelle basiche, alle consulenze, alle specialistiche di vario genere, prevedendo un meccanismo, classico, di rimborso.

[316] LUISS BUSINESS SCHOOL, *op. ult. cit.*, p. 30.
[317] LUISS BUSINESS SCHOOL, *op. ult. cit.*, p. 30.

Sulla base di quanto detto finora non sorprende se si dice che le maggiori competenze spettano allo Stato nelle figure del Parlamento, del Governo e del Ministero degli affari sociali e della sanità, che darà poi corpo agli aspetti tecnici e pratici delle politiche che i due primi organi definiscono.

Ma hanno anche delle competenze il sistema di assicurazione sanitaria statuaria e le comunità locali, nel rispetto del citato principio di sussidiarietà.

Più in particolare, il Governo ha il compito di definire le politiche in linea generale, e quindi anche quelle che riguardano la tutela della salute ed i servizi sanitari.

Al Parlamento, come è consuetudine, spetta invece il compito di vagliare e ratificare quest'ultime, in particolare la partita più importante si gioca con l'approvazione della legge finanziaria in cui si stabilisce quante risorse da investire nel settore, così come le modalità per farlo.

Il Ministero invece si occupa degli aspetti tecnici, sulla base delle risorse da investire e della loro destinazione, per fare un esempio esso si occupa di quanti medici dovranno essere assunti, così quanti studenti potranno accedere a medicina nell'anno accademico successivo, il suo ruolo è di esecuzione diligente di quanto stabilito dal Governo ed approvato dal Parlamento.

Va solo aggiunto, per affinità a quanto si dirà, che 'la riforma sull'assicurazione sanitaria del 2004 ha creato il Comitato di Allerta, il cui ruolo è di informare il Parlamento, il sistema di assicurazione sanitaria statutaria e il Governo se la spesa sanitaria dovesse superare il tetto massimo approvato dal Parlamento'[318].

Ciò è dovuto agli obblighi che gli Stati europei devono rispettare circa controllo della spesa sanitaria.

Da quest'ultimo punto si passi a vedere le modalità di finanziamento del sistema.

In quest'ambito entra in gioco il sistema di assicurazione statutaria che interessa la quasi totalità delle persone, come si è detto.

Circa gli ospedali pubblici ed il loro finanziamento, si dica che essi 'sono finanziati sia attraverso l'assicurazione sanitaria statutaria (per l'80%), sia attraverso le assicurazioni sanitarie volontarie e i pagamenti diretti da parte dei pazienti (per il 20%)'.[319]

Ciò non cambia se si parla delle cliniche private che, al massimo, richiedono degli onorari diversi e solitamente più costosi.

Ad ogni modo la Francia, come si è detto della Germania, risulta essere uno degli Stati che in Europa, ma anche nel mondo, investe maggiormente nel settore sanitario, sempre più del 11% del proprio Pil.

Vedendo infine chi sono i principali attori di questo sistema, si parta con l'analizzare, come fatto in precedenza con la Germania, il ruolo dei medici.

Chiaramente vi sono sia quelli, detti, di medicina generale, che specialistica, e sono per lo più giovani, che lavorano solitamente in studi associati in cui vengono rappresentate diverse discipline specialistiche.

[318] LUISS BUSINESS SCHOOL., p. 32
[319] LUISS BUSINESS SCHOOL, *op. ult. cit.*, p. 33.

Questo è uno dei casi in cui si può riscontrare un intervento delle autorità pubbliche locali, che si è detto intervenire quando, in relazione all'azione pubblica, il suo obiettivo è legato al territorio ed essa è l'ente che meglio può realizzarla.

Di fatti, i 'poliambulatori medici multidisciplinari sono finanziati con i fondi stanziati dalle Aziende Sanitarie Regionali'[320].

Come poi avvenuto anche in alcuni degli altri Paesi esaminati, anche in Francia, nel rispetto di esigenze economiche e di speditezza del sistema, i medici di cui sopra hanno assunto il ruolo di *gate-keeper*, fungendo quindi da filtro per l'accesso alle altre cure ove sono limitate le disponibilità.

Come in Germania, anche nel sistema francese i medici, con funzione di filtro, svolgono tale funzione con la possibilità di essere premiati alla fine dell'anno con contributi economici, così da essere incentivati, ma al contempo anche gli assicurati possono entrare a far parte di tale sistema registrandosi con un medico *gate-keeper*, anch'essi con possibilità di raggiungere dei premi in denaro.

Muovendo oltre dall'analisi del ruolo dei medici, si dica degli ospedali che erogano una buona parte delle prestazioni sanitarie, comprese alcune di quelle coperte dall'assicurazione statutaria.

Questi sono sia pubblici che privati, aventi scopo di lucro, ed al fianco di quest'ultimi ve ne sono alcuni non pubblici ma no-profit.

Quelli pubblici sono sotto il controllo del Ministero della Salute, ed ancora si vede come sia preponderante lo schema di controllo centralizzato, tipico dell'ordinamento francese.

Come avvenuto negli anni 90 in Italia però, anche in Francia, in particolare con riforme ancor più risalenti, si è voluto dare maggiore autonomia di controllo e gestione agli ospedali, e, di base, ai medici che lo gestiscono, senza introdurre quel taglio aziendalistico, però, che si riscontra nelle riforme italiane.

Analizzando la relazione tra gli ospedali pubblici e privati va detto che 'Circa il 62% della capacità ospedaliera francese è soddisfatta dagli ospedali a proprietà e gestione pubblica. La restante capacità è divisa equamente tra gli ospedali senza scopo di lucro (che sono collegati al settore pubblico e che tendono a essere di proprietà di fondazioni, organizzazioni religiose o associazioni di mutua assicurazione) e le istituzioni con scopo di lucro'[321].

Anche se non in maniera decisa, si nota una massiccia presenza di erogatori di matrice pubblica all'interno del sistema francese, e ciò vale anche per aspetti più tecnici, come la capacità dei posti letto, vista anche in precedenza, e da riprendere nel proseguo.

Gli ospedali pubblici, di fatti, costituiscono il 67% dei posti letto, e si prendono cura del più del 60% dei ricoverati, mentre gli ospedali privati costituiscono solo il 25% di questa capacità, essendo responsabili solo per il 27% dei pazienti.

[320] LUISS BUSINESS SCHOOL, p. 34.
[321] LUISS BUSINESS SCHOOL, *op. ult. cit.*, p. 34.

Non andando oltre nell'analisi delle cure che ogni ente, pubblico o privato, eroga per i pazienti[322], si deve compiere un parallelismo con quanto appena detto, prendendo spunto dai dati e le circostanze appena riportate.

In Francia, come in Germania, non vi è un vero e proprio diritto alla salute come si vede nella Costituzione spagnola o italiana, che hanno optato, per dar senso alle lettere ivi contenute, alla creazione di un sistema per definizione universalistico, basato sull'uguaglianza e sul finanziamento pubblico.

Tuttavia non si può sostenere che nei primi due Paesi non vi sia il rispetto del principio di uguaglianza, né che esso sistema da essi adottato non sia, di fondo, universalistico.

Ciò non vuole diventare modo per privilegiare un sistema più che un altro, e per criticare le scelte di politica sanitaria di uno Stato, bensì è un'occasione per una riflessione.

Anche se Francia e Germania hanno adottato un sistema, sul piano organizzativo, Bismarckiano, non vuol dire che non si possano raggiungere gli standard degli altri due Paesi che ne adottano uno universalistico.

La cosa che però sorprende è la spesa sanitaria diversa tra questi Paesi, ma simile se si rapportano quelli ascrivibili allo stesso modello di sistema sanitario.

Francia e Germania non a caso spendono la medesima percentuale di Pil in favore della sanità, anche se ciò poi si traduce in cifre diverse in quanto il valore del Prodotto Interno Lordo è diverso.

La Spagna e l'Italia invece hanno una spesa, in punti percentuali di Pil molto simile, nel 2017 la prima ha investito l'8,9% mentre la seconda l'8,8%, l'anno prima era ad ogni modo simile, 9% per la Spagna e 8,9% per l'Italia.

Ciò non si traduce in risultati diversi per quanto concerne lo stato di salute dei cittadini, in quanto Italia e Spagna sono i primi due Paesi al mondo per aspettativa di vita[323], ma in diversi effetti sul sistema stesso e la sua gestione.

In Spagna e Italia il controllo della spesa è più difficile, così come sono maggiori i casi di necessità di investimenti per carenze di risorse.

Le politiche di controllo della spesa hanno sicuro un effetto diverso su questi Paesi rispetto ai primi due che invece possono ammortizzare meglio la necessità di riduzione di spesa, e ciò si vedrà nelle pagine successive.

[322] Per ulteriori approfondimenti, di natura anche medica, sul rapporto tra pubblico e privato, si rimanda a F. FONTANA, *op. ult. cit.*, p. 33 e ss.

[323] Una donna del nord Italia ha, di base, 4 anni di aspettativa di vita in più rispetto ad uomo tedesco.

2. Le competenze dell'Unione Europea

Ci si avvii ora ad analizzare le competenze dell'Unione Europea più specificatamente, compiendo prima un'analisi generale delle regole dei Trattati che disciplinano diffusamente le competenze, stabilendo, altresì, dei principi alla base delle stesse; poi si muova verso lo studio delle disposizioni dei Trattati, anche già accennate, che riguardano più nel dettaglio la tutela della salute nell'ordinamento europeo, cercando di dare dei confini, quindi, ed una forma, alle competenze dell'UE per quanto riguarda la salute.

Lo studio che verrà fatto si baserà su un percorso cronologico, suddiviso sulla base delle maggiori tappe che interessano il processo evolutivo dell'ordinamento europeo, e ciò verrà fatto volgendo un occhio al tema della salute e l'altro a tutte quelle novità che più o meno direttamente riguardano anche la tutela della salute.
Di fatti, come accennato nel paragrafo precedente, la salute ha, ad esempio, un rapporto molto stretto con il mercato, e le sue regole, dunque, nello svolgere una dissertazione cronologica circa l'evoluzione dell'ordinamento si rivela imprescindibile includere, nello studio, quei passaggi che riguardano i fattori distanti dalle competenze in merito alla tutela della salute, ma che la riguardano, come detto, più o meno direttamente.

2.1 Un'introduzione storica

Nel compiere un'introduzione storica dell'Unione Europea, s'intende fare luce, e porre l'attenzione, su alcuni elementi posti alla base della sua costituzione ed evoluzione, che si vedranno essere legati anche allo sviluppo che le competenze in materia di tutela della salute abbiano avuto.

Si diceva già che l'Unione Europea non è il primo tentativo, da parte di alcuni Stati, di creare un ente sovranazionale a cui demandare dei poteri per il controllo delle materie poste sotto la sua competenza.
Di fatti prima dell'Unione Europea fu istituita la CECA, la Comunità Europea del carbone e dell'acciaio[324].
La sua costituzione avvenne a Parigini nel 1951, con un Trattato, istitutivo la CECA, firmato da Sei Paesi[325] il 18 aprile 1951, ed è di pochi anni successivo al termine della II Guerra Mondiale, i cui effetti, sul tessuto sociale ed economico dei Paesi europei, erano ancora ben evidenti.
La creazione di tale organismo era una risposta coraggiosa, proposta in particolare dai politici francesi Jean Monnet e Robert Schuman, ai crimini e terrori registratisi durante il conflitto, in particolare volta a far in modo che essi non accadessero più.

[324] Essa rimase in vita fino al 23 luglio 2002. Il Trattato di Parigi, anche se firmato nel 1951 entrò in vigore il 23 luglio 1952 per una durata totale di 50 anni.
[325] I Sei Paesi membri della CECA furono: Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo ed Olanda.
A questi si dovevano aggiungere anche gli inglesi, ma questi più volte rifiutarono di sedersi al tavolo delle trattative, in particolare non accettavano l'idea di cessione di sovranità in favore di un'Alta Autorità.

Il motivo dei timori era, nello specifico, il ritorno delle zone dell'Alsazia e della Lorena sotto il controllo della Repubblica Federale Tedesca.

Tali zone erano importanti per la produzione dei materiali, carbone e acciaio per l'appunto, che servivano per muovere 'l'industria bellica', e perciò tornate sotto il controllo della Germania, i francesi temevano un possibile riarmamento della prima, che supportata da mire espansionistiche deliranti, poteva dar vita ad un nuovo conflitto.

Il piano francese, per porre limiti alla possibile crescita industriale tedesca, era la creazione di un mercato comune, in particolare dei beni, carbone e acciaio[326].

Nonostante il tentativo, la CECA non soddisfaceva a pieno alcuni dei Paesi aderenti, e nello specifico Belgio ed Olanda del gruppo BENELUX, i quali erano preoccupati dai crescenti fermenti nazionalistici dei governi francesi e tedeschi e spinsero maggiormente, gli olandesi soprattutto, per estendere il neonato mercato comune.

La base per il futuro mercato venne posta dal famoso *Spaak Report*, dal nome del Ministro degli Esteri belga che aveva già, con l'appoggio del suo omonimo olandese, paventato la possibilità di tale evoluzione del mercato, per contrastare, in particolare, i crescenti nazionalismi franco-tedeschi[327].

'The report made a pragmatic distinction. Matters affecting the functioning of the common market would require a supranational decision-making framework and supranational supervision of Member States' compliance with their obligation. More general matters of budgetary, monetary and social policy would remain with the Member States.'[328]

Quanto appena riportato è molto importante per andarsi a collegare con lo studio dell'evoluzione delle competenze dell'UE, sia circa quelle che riguardano la tutela della salute, sia verso quelle riguardanti gli altri elementi dell'ordinamento che, nella pratica, riguardano anche la prima.

Quello che, di fatti, si evince, vedendo brevemente l'evoluzione della CECA, che ha portato alla CEE, è che l'idea del mercato comune è 'costituzionale' dell'ordinamento europeo, non a caso, il Trattato che costituì la Comunità Economica Europea aveva come principale fine proprio la creazione di questo mercato, percorrendo dunque il processo dell'integrazione economica tra i paesi, col fine di realizzare anche quella politica.

---

[326] In particolare veniva creata un'Alta Autorità che aveva dei poteri considerevoli nel determinare regole per il commercio dei beni posti sotto controllo, in particolare incideva in merito alle condizioni di produzione e prezzi sul mercato. Essa Autorità era indipendente dal controllo degli Stati Membri e rappresentava il primo bozzolo di ente sovranazionale nel contesto europeo.

[327] Per ragioni di chiarezza storica va detto che, nello stesso momento, durante le trattative tenutesi in particolare a Messina nel 1955 che portarono al Report, venne anche prevista la possibilità di creare un mercato comune in materia di energia atomica, su proposta in particolare dei Francesi, e ciò costituì di fatto la base per l'ulteriore ente sovranazionale creato, parallelo a quello che diventerà nel tempo Unione Europea, l'EURATOM (Comunità Europea dell'energia atomica).

[328] D. CHALMERS G. DAVIES G. MONTI, *European Union law: Text and Materials*, p. 12 e ss., 4th edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

Ed in effetti, 'come è stato rilevato, "European integration has always been driven by political factors (…). Yet while the goals were always political, the means were always economic"[329].

Sulla scorta di tutti questi elementi pregressi, si è giunti alla costituzione della Comunità Economica Europea con la sottoscrizione del Trattato di Roma il 25 marzo 1957, entrato poi in vigore ufficialmente dal primo gennaio dell'anno successivo.

Della CEE si mettano ora in risalto gli aspetti generali, prima di muovere a vedere l'analisi cronologica del suo percorso evolutivo, principalmente con riferimento alla materia della tutela della salute e dell'assistenza sanitaria.

Il Trattato CEE era basato, come si era messo in luce poc'anzi, su un approccio volto a creare un solido mercato comune, per queste le previsioni principali erano quelle che riguardavano la libera circolazione di beni[330], lavoratori, servizi e capitali, così come veniva garantito il diritto di stabilimento, per un cittadino di un Paese membro, in un altro Stato facente parte della CEE.

A questi elementi prettamente 'mercantilistici', nel senso direttamente previsti per la creazione del mercato comune, si devono sommare due ulteriori aspetti caratterizzanti il Trattato di Roma, previsioni che garantivano la possibilità di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, se distanti al punto tale di ostacolare la creazione del mercato comune, e l'inclusione di alcuni settori in un regime di politica comune[331], che faceva, quindi, capo alla CEE.

Questi ultimi due settori, in particolare, sono quelli di cui si è già accennato in precedenza, ed hanno costituito la base per alcune azioni dell'UE che hanno investito anche la tutela della salute.

Per quanto riguarda, invece, gli elementi mercantilistici, essi avevano quel rapporto che è stato definito 'negativo' con la tutela della salute, ove quest'ultima costituiva un limite a tali libertà, e con il ravvicinamento delle legislazioni si procedeva al superamento di tali limiti.

Senza soffermarsi oltre sul Trattato istitutivo la CEE[332], circa i suoi elementi generali, si vedano ora le basi del nuovo ordinamento, in particolare si vedano i principi sui quali questo veniva fondato.

I fini dell'azione della Comunità venivano enunciati dall'art. 2 del Trattato, ed in particolare riguardavano, 'mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità,

---

[329] A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa, l'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, p. 61, Milano, Franco Angeli, 2018. Il riferimento è anche alla nota 5 del testo originale.

[330] Più nello specifico, le misure del Trattato a cui si fa riferimento, che costituivano l'assoluta novità, oltre che obiettivo dello stesso, riguardavano l'eliminazione di ogni dazio doganale e vietavano le restrizioni quantitative, o misure di effetto equivalente, all'importazione ed esportazione.

[331] Il riferimento qui, invece, è al settore dell'agricoltura e della pesca.

[332] Per ogni altro riferimento D. CHALMERS G. DAVIES G. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 13 e ss. ed anche L. DANIELE S. AMADEO, *op. ult. cit.*

un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano'.

Ora invece si vedano i principi sulla base dei quali l'azione dell'Unione deve basarsi, e costituiscono i principi di base dell'ordinamento stesso.

Si tratta in particolare dell'art. 5 TUE, introdotto dal Trattato di Maastricht (1992), il quale stabilisce:

"La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.

In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.

In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo.

In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità".

L'articolo appena riportato definisce i principi che governano la ripartizione di competenze tra UE e Stati membri, che in questa sede interesserà principalmente nell'ottica della tutela della salute.

In particolare, viene esposto innanzitutto il 'principio d'attribuzione', I comma, per cui l'UE è legittimata ad agire solo nell'ambito di competenze che le sono espressamente attribuite dai Trattati[333].

Sulla base di tale principio, i principi di sussidiarietà e proporzionalità limitano ulteriormente l'azione dell'Unione, che, si ribadisce, è confinata, all'esterno, dal 'principio d'attribuzione'.

Secondo il III comma, che descrive il contenuto del 'principio di sussidiarietà', 'l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale'[334], dunque l'intervento deve essere giustificato sulla base del risultato da raggiungere, considerando gli strumenti necessari, per cui se quelli degli Stati risultino insufficienti, allora l'UE sarà legittimata ad intervenire.

[333] Si ricorda qui la suddivisone delle competenze, già esposta, per cui esistono competenze esclusive dell'UE (art. 2 TFUE, I comma); competenze concorrenti tra UE e Stati membri (art. 2 TFUE, II comma); competenze esclusive degli Stati membri (art. 5 TUE, II comma). Queste sono poi riportate dagli artt. 3 e 4 TFUE.

[334] Art. 5 TUE, III comma.

Il IV comma invece concerne il 'principio di proporzionalità', 'notoriamente principio polimorfo, esplicantesi in più scienze sociali, e che ha in sé il gene del bilancio costi/benefici di derivazione economica'[335].

Sostanzialmente, l'azione dell'UE deve essere ponderata sulla base del risultato, nel senso che lo sforzo, anche economico, deve essere commisurato sulla base del fine da raggiungere, non andando oltre a quanto richiesto e necessario.

Ciò, se da un lato, considerati anche i principi precedenti, costituisce un limite importante affinché l'azione dell'Unione non sconfini, dato il fatto di essere un *plus* rispetto a quanto necessario, nell'area di competenza degli Stati, dall'altro rischia di costituire un freno alla stessa, evitando il compimento di 'ulteriori' azioni non necessarie, ma opportune.

Sempre Sandulli concludeva la trattazione dei principi, qui appena riportati, includendone un altro, costituente la base dell'ordinamento europeo, e includeva quello 'dell'effetto utile, che pone in rilievo la necessità di bilanciare e ponderare gli interessi nella direzione dell'effettività e del risultato più consentaneo'[336].

Dunque come si stava dicendo, e prendendo in considerazione anche tale ultimo passaggio di Sandulli[337], appaiono evidenti dunque i principi di base dell'UE, quelli, in particolare, su cui si basa la sua azione, e si può notare, senza grande difficoltà, come i principi su cui essa è basata siano fortemente legato, intimamente, con la formazione, il funzionamento e lo sviluppo del mercato comune, che oggi viene definito mercato interno.

Non è un caso, di fatti, che essi principi furono inseriti dal Trattato di Maastricht (1992), il quale, poneva come elemento principale di riforma proprio il mercato, volendo procedere ad un suo rafforzamento e si può dunque affermare che, facendo anche caso ad altri elementi dallo stesso inseriti, che privilegiava il volto funzionalista ed economico dell'Unione più che quello sociale, volto nel quale si cercherà di vedere che ruolo occupa la tutela della salute, contrapponendolo a quello economico del mercato interno.

Questa premessa risultava dunque necessaria al fine di procedere, con consapevolezza attraverso le tappe principali dell'evoluzione dell'ordinamento, partendo dal Trattato di Roma, proprio, fino al Trattato di Maastricht, che ha costituito la maggiore riforma del Trattato fino a quel momento, poi da quest'ultimo fino al Trattato di Lisbona (2007), venendo, infine, da quest'ultima riforma al presente la situazione.

---

[335] A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 60.

[336] *Ibid.*

[337] Quest'opera di Sandulli, in particolare, è importante perché spiega il ruolo del diritto nella triade delle scienze sociali (scienze politica, economia e diritto) all'interno dell'ordinamento europeo, ed gli rileva come da un primo periodo, ventennale, in cui il diritto è stata fonte di grandi progressi verso un'integrazione comunitaria, non solo economica come si diceva, ma anche sociale, volendo essere generosi. Inoltre, per dar forza a quanto si diceva, e quanto sosteneva l'autore, questi principi fortemente legati al mercato, sono stati inseriti nel Trattato con la riforma di Maastricht che ha dato una svolta importante allo sviluppo dello steso, e si può dire il suo scopo era proprio quello di insistere sulla sua formazione del mercato interno e sul ruolo primario dell'economia, se si considera la triade delle scienze anzidette.

2.2. Da Roma a Maastricht

Prima di cominciare questo viaggio che ha luogo di partenza Roma, bisogna fare un salto, di nuovo indietro, e fermarci a Parigi, in particolare, il Trattato di Parigi che istituiva la CECA.

Se, di fatti, si vuole cominciare una trattazione della competenza dell'Unione in merito alla tutela della salute, e della sua evoluzione, bisogna partire dalla CECA, in particolare dall'art. 69 del Trattato di Parigi che prevedeva già, e per la prima volta, una giustificazione in motivo di sanità pubblica alla libera circolazione dei lavoratori nel mercato comune del carbone e dell'acciaio[338].
Allo stesso modo, troviamo delle disposizioni similari anche nel Trattato che istituisce la CEE, in particolari la sanità pubblica costituisce, come già si è detto più volte, una giustificazione alla libera circolazione di merci, persone e servizi.
In un primo momento non si trova alcuna disposizione più generale in materia di tutela della salute, anzi, escluse quelle che riguardano cause di esclusione alla libera circolazione[339], la tutela della salute risulta del tutto fuori da ogni competenza dell'UE.
L'assenza della tutela della salute, ad oggi si potrebbe dire quasi sorprendentemente, si rileva anche nei principi della neonata Comunità Economica Europea, anzi, riprendendo l'articolo 2 soprariportato, si vede come un cenno diretto non venga compiuto, ed anche leggendo il successivo articolo 3 non v'è alcuna menzione della tutela della salute.

Proprio quest'ultimo individuava le aree di competenza entro le quali poteva essere svolta l'azione della CEE, ed erano tutte, come si diceva, orientate maggiormente verso lo sviluppo del mercato comune[340].
'The EEC Treaty also contained a limited social policy, whose central feature was the establishment of a principle of equal pay for work of equal value for men and women'[341].
Risulta confermata da più parti la visione 'mercantilistica' della CEE, nonostante alcuni, piccoli, elementi di politica sociale fossero ravvisabili nella sua genesi, anche se, orientati nell'ottica del mercato, e della sua funzionalità, nel senso che anche l'uguaglianza tra donne e uomini veniva considerata in merito al lavoro, elemento importante, ed una delle libertà, del mercato comune.
Tuttavia occorre proprio partire da questi pochi elementi riguardanti l'istaurazione del mercato per ravvisare i primi atti di 'politica sanitaria' della CEE.

---

[338] Per maggiori approfondimenti A. DE RUIJTER, *op. ult. cit.*, p. 62 e 63.
[339] Nel primo testo del Trattato che istituisce la CEE si tratta degli articoli 36 (libera circolazione delle merci), 48 (libera circolazione dei lavoratori), 56 (diritto di stabilimento) e 66 (libera circolazione dei servizi).
[340] Si diceva che oggi ciò sembrerebbe sorprendente che la CEE non includesse tale settore nelle sue competenze, ma non deve meravigliare per due motivi, il primo che ancora era registrabile un certo timore degli Stati a consegnar sovranità in settori così sensibili come la sanità, dall'altro, ed il secondo, molto più materiale, è che dal Trattato di Roma, gli Stati avevano fissato in 12 anni il tempo limite per la creazione del mercato comune, dunque poteva sembrare adeguato non inserire competenze 'sociali', così da focalizzare e concentrare tutti gli sforzi, non solo economici, verso la creazione, in tempo, del mercato.
[341] D. CHALMERS G. DAVIES G. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 13 e ss.

Si diceva che una peculiarità del Trattato di Roma era quella di creare un regime di politica comune per dei settori, ed oltre ai trasporti, era importante quello dell'agricoltura.

Proprio nel settore dell'agricoltura e per quanto riguarda la tutela sociale dei lavoratori troviamo i primi interventi della CEE a favore della tutela della salute.

Questo fenomeno si può, di nuovo, spiegare usando i termini della teoria neo-funzionalista dello *spill-over*, secondo cui 'dalla circostanza per la quale, sviluppandosi l'integrazione europea in determinati settori del mercato, questa i sarebbe gradualmente espansa in altre aree'[342], ed in effetti fu quello che successe, per cui dal proporre un'integrazione prettamente incentrata sul piano del mercato comune alla fine si avvertì il bisogno di procedere verso altre aree, e nello specifico si vedano i primi interventi in questi due ambiti fondamentali del mercato, l'agricoltura[343] e la tutela sociale dei lavoratori.

2.2.1 'Politica comune nel settore dell'agricoltura'

Il settore della politica comune nel settore dell'agricoltura[344] può vantare il primo atto legislativo, in assoluto, inerente alla tutela della salute, e va detto che questo è stato realmente una conseguenza della teoria poc'anzi menzionata in quanto ancora nel Trattato non era inclusa alcuna previsione che obbligasse, o almeno chiedesse, che la CEE perseguisse, nell'attuare e realizzare le sue politiche, un elevato livello di protezione della salute umana.

Il primo atto che venne emanato fu la 'Direttiva del Consiglio, relativa al ravvicinamento delle regolamentazioni degli Stati membri sulle sostanze coloranti che possono essere impiegate nei prodotti destinati all'alimentazione umana'[345].

Essa venne emanata nel 1962 e l'obiettivo era quello di ravvicinare le legislazione degli Stati membri così da evitare che 'le differenze fra le regolamentazioni nazionali impediscono la libera circolazione dei prodotti alimentari, possono creare condizioni difformi di concorrenza e hanno pertanto incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune'[346].

Questo fu il primo atto che venne emanato e che riguarda, più o meno direttamente, anche la tutela della salute umana, nonostante non si possa dire che questo fosse il fine principale.

La Direttiva è stata, infatti, emanata sulla base dell'art.100 del Trattato di Roma, che prevedeva la vecchia, tuttavia ancora esistente, procedura per l'emanazione di 'direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni

[342] A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 46.
[343] A seguito del conflitto mondiale molti Paesi erano in crisi sia economica che sociale l'agricoltura costituiva un settore che impiegava il 20% dei lavoratori dell'epoca, per cui era interesse di tutti che fosse posto sotto il controllo comunitario, in quanto giovava ai Paesi sia, di nuovo, sul piano economico che sociale.
[344] Articoli 38 e ss. del Trattato che istituiva la CEE.
[345] In particolare si veda la *GU n . 115 dell'I 1 . 11 . 1962, pag. 2645/62.*
[346] *Considerandum* n.2 della Direttiva del Consiglio.

legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune'[347].

Tuttavia, nonostante non fosse richiesta un'inclusione della tutela della salute come guida delle politiche, sia nella loro preparazione che attuazione, il *Considerandum* n.1 della Direttiva del Consiglio recitava testualmente che 'ogni regolamentazione relativa alle sostanze coloranti che possono essere impiegate nei prodotti destinati all'alimentazione umana deve tener conto in primo luogo delle esigenze di protezione della sanità pubblica'.

Appare del tutto evidente che l'azione della CEE, nel compiere un atto inerente ad un'area soggetta al suo controllo politico, prese in considerazione, per la prima volta, la tutela della salute umana nel ravvicinare le normative degli Stati.

E ciò appare coerente, e funzionale, nell'ottica d'instaurazione e funzionamento, se si pensa che essa era comunque una giustificazione alla libera circolazione delle merci, perciò se non si fosse tenuto conto di tale esigenza, il ravvicinamento sarebbe stato vanificato poiché, nonostante i beni fossero poi stati prodotti sulla base del ravvicinamento stesso, la loro circolazione sarebbe poi stata minata dai rischi, possibili, alla salute, che ogni Stato poteva avanzare per limitare il commercio.

Proprio a tal riguardo, come perfetta sintesi di quanto si è detto, di due anni successivi è un documento della Commissione della CEE in cui essa racchiude, ed esprime, esattamente quanto si stava anticipando. Essa scrisse che:

"Harmonization of legislation must also take into account the need to work out Community rules to safeguard the health and life of humans and animals. One of the major difficulties of harmonization has in fact been the reconciliation of these two aims - liberalization of trade and protection of health"[348].

Qui si vede, chiaramente, l'intento alla base della salvaguardia della salute, considerato nell'ottica del corretto funzionamento del mercato interno, così come appare, di nuovo, chiara, la tensione che è sottesa al bilanciamento di questi due fini.

Volendo, infine, rimanere ancora nel settore dell'agricoltura, va detto che da quel momento in poi l'azione e l'intervento dell'UE è stato sempre più necessario, e ciò, anche supportato, questa volta, da disposizioni del trattato che legittimassero gli atti di origine comunitaria[349].

Si ricordino, ad esempio, gli atti che richiedevano dei test a certi prodotti di derivazione bovina, così da garantire la protezione dalla tubercolosi negli anni 90, la stessa cosa in materia di alcol, ed il tutto supportato da una struttura amministrativa creata alla realizzazione di tali scopi.

[347] Art. 100 Trattato che istituisce la CEE, I comma.
[348] (1964) Veterinary matters: harmonization of legislation, and other activities. Newsletter on the Common Agricultural Policy No. 24, November 1964. [EU Commission - Brochure].
[349] In particolare, nel tempo furono introdotti gli attuali artt. 114 TFUE e 168 TFUE.

Venne di fatti istituita nel 2002[350], proprio a seguito delle crisi degli anni 90, l'European Food Safety Authority[351] (EFSA) come risposta alla suddetta crisi, con lo scopo altresì, di evitare nuove crisi e garantire 'la libera circolazione di alimenti sicuri e sani'[352].

2.2.2 Tutela sociale dei lavoratori

La libera circolazione dei lavoratori, in un mercato comune, è un presupposto fondamentale affinché esso venga realizzato.

I Sei erano consapevoli di ciò sin dall'istituzione della CECA, di fatti, nonostante il suo mercato fosse ristretto solamente ai settori del carbone e dell'acciaio, ai lavoratori di quel settore veniva riconosciuta la possibilità di muoversi liberamente per prestare servizio in no degli altri Paesi.

Lo stesso diritto, ovviamente, veniva riconosciuto ai lavoratori della CEE, i quali, quindi, erano liberi di 'di rispondere a offerte di lavoro effettive e di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri'[353].

I primi due atti che vennero emanati, proprio a favore della sicurezza sociale dei lavoratori furono i Regolamenti nos. 3 e 4 del 1958[354], i quali escludevano, dal loro scopo applicativo, l'assistenza sociale e sanitaria, che rimaneva ancora una disciplina fortemente nelle mani di ogni Stato, ma almeno, ai lavoratori di un Paese, impiegati come 'lavoratori subordinati o assimilati' [355] in un altro Stato membro, venivano riconosciute quelle prestazioni, e tutele, dovute in forza di un rapporto lavorativo, indipendentemente dal luogo in cui esso venisse svolto.

Ciò serviva a garantire l'attuazione e realizzazione del mercato comune, si ricordi che è trascorso solo un anno da quando la CEE venne istituita, in particolare riconoscendo ai lavoratori, ed anche familiari e superstiti, le tutele sociali del rapporto lavorativo, indipendentemente da dove questo si svolgesse.

Questa base importante per la creazione del mercato si andrà ad intrecciare fortemente con la salute e la sua tutela.

I Regolamenti appena citati, di fatti, hanno visto delle modifiche importanti nel corso degli anni, in particolare nel 1971 venne emanato un nuovo Regolamento[356] che ha espanso lo scopo di questi precedenti, in particolare molto importante è l'art. 22 del Regolamento il quale, per lungo tempo, ha costituito la base giuridica per giustificare, e permettere, il trattamento sanitario dei lavoratori in altri Paesi.

Quella era la base, in sostanza, per l'assistenza sanitaria transfrontaliera, inizialmente dei lavoratori, successivamente dei cittadini europei.

---

[350] Regolamento 28 gennaio 2002, Regolamento (CE) n. 178/2992.
[351] In Italia essa è conosciuta con il nome 'Autorità europea per la sicurezza alimentare'.
[352] *Considerandum* n.1 Regolamento (CE) 178/2002.
[353] Art. 48 Trattato di Roma, III comma, lett. *a)* e *b).*
[354] GU n . 30 del 16. 12. 1958, p.561/58 e p.597/58.
[355] Art.4 Regolamento n.3/58, I comma.
[356] Regolamento 14 giugno 1971, Regolamento (CEE) n. 1408/71.

Dunque, come si diceva, questi primi atti per la sicurezza sociale dei lavoratori hanno costituito la base per un filone evolutivo riguardante l'azione, e l'intervento, dell'UE non più solamente nella sanità pubblica, bensì anche nell'assistenza sanitaria, che come era desumibile, tuttavia, dai primi Regolamenti di fine anni 50, non era competenza di quest'ultima, bensì degli Stati membri, come, d'altronde, sarà anche nel corso dell'evoluzione dell'ordinamento europeo.

2.2.3 Altri settori, e motivi, d'intervento

Infine vanno menzionati, anche brevemente, alcuni altri settori nei quali è stato registrato un intervento della CEE al fine, più o meno direttamente, di tutelare la sanità pubblica.

Alcuni di questi sono anche già stati anticipati nelle pagine precedenti, in particolare è stata riportata la Direttiva 65/65/CEE che ravvicinava le legislazioni dei Paesi con lo scopo di permettere, la sicura, circolazione delle 'specialità medicinali', locuzione dalla portata molto ampia[357], che ha di fatti spianato la strada ad un massiccio intervento, in futuro, da parte dell'UE.

Si dica, di nuovo, che lo scopo della Direttiva era quello di ravvicinare le legislazioni così da creare un mercato comune inerentemente ai quei determinati beni, che, dato il loro utilizzo, e fine produttivo, erano indissolubilmente legati alla salute umana[358].

Ma, volendo riprendere la teoria dello *spill-over*, appare chiaro come questi piccoli, e limitati, interventi siano stati la base per un successivo intervento sempre più importante da parte dell'UE.

Ne è un caso il settore farmaceutico, ad esempio, al quale si può, ad ogni modo, ascrivere anche la precedente Direttiva.

Ora questo settore risulta del tutto disciplinato, per alcuni ambiti, dal diritto dell'Unione Europea, fermo restando che, in tal caso, siano intervenute riforme dei Trattati volte a legittimare questo potere d'intervento.

Anche qui, questi sviluppi sul piano legislativo-politico, sono stati supportati da modifiche anche sul piano amministrativo, non a caso venne istituita l'European Medicines Agency[359] (EMA) nel 1995 con il fine di garantire l'efficacia e sicurezza dei prodotti medici del settore veterinario e della salute umana, oltre che ravvicinare, sempre di più, le legislazioni degli Stati membri in tali settori.

Di nuovo, si può vedere il solito schema, oramai tipico, per cui essa Agenzia ha un potere soprattutto per quanto riguarda gli aspetti generali e funzionali del mercato, di fatti essa rilascia le autorizzazioni ai medicinali affinché essi vengano inseriti nel mercato, agli Stati membri, invece, sono riconosciute le competenze 'di accesso' ai medicinali da parte della società, siano quindi ospedali, operatori socio-sanitari, o individui.

[357] Art. 1 Direttiva 65/65/CEE, I comma, definisce specialità medicinale come '*ogni medicinale precedentemente preparato*'.
[358] Si ricordi, comunque, che a quel tempo ancora nessuna disposizione chiedeva l'inclusione di un livello elevato di protezione della salute umana nella politiche ed azione dell'Unione.
[359] In italiano essa è conosciuta con il nome 'Agenzia europea per i medicinali'.

È ben visibile lo schema, che a breve verrà delineato meglio, per cui la sanità pubblica, nella fattispecie concretizzata nella garanzia della sicurezza del medicinale, sia una competenza esercitabile da parte del legislatore europeo, mentre gli aspetti tecnici dell'assistenza sanitaria spettano agli Stati membri[360].

Sembrerebbe, altresì, che in molti dei settori visti poc'anzi, il percorso seguito sia stato quello descritto dalla teoria dello *spill-over*, di fatti si è sempre partiti dal perseguire un'integrazione economica del mercato, ma gl'interessi estremamente legati tra di loro hanno poi richiesto che gl'interventi fossero più strutturali e olistici, nel senso di espandersi anche in altri settori, quasi, si può dire, creando la necessità di nuove competenze, che, si badi bene, erano richieste sempre dallo scopo funzionalistico del mercato interno, e di una crescita economica che trainasse anche quella sociale.

Queste necessità venivano anche esposte dalla Corte di Giustizia, la quale ha avuto un ruolo sempre fondamentale nell'evoluzione e nell'integrazione europea, anche per quanto concerne la tutela della salute, e l'assistenza sanitaria.

Di fatti, molte delle riforme, di legislazione secondaria, che vennero compiute, in particolare in ottica di armonizzazione delle normative statali, erano conseguenza e necessità degli sviluppi giurisprudenziali della Corte.

Se ne citino qui solamente alcune delle tappe compiute dalla giurisprudenza della Corte.

I casi *Van Gend en Loos*[361] e *Costa*[362] hanno posto una base per l'integrazione europea[363], di fatti hanno riconosciuto il diritto comunitario come precedente a quello nazionale, nel senso che, se il secondo fosse in contrasto con il primo, quest'ultimo deve essere disapplicato dal giudice nazionale, e quindi quello europeo è diritto che ha precedenza rispetto a quello nazionale.

Inoltre, esso è direttamente applicabile, dunque le regole comunitarie, essendo di rango maggiore rispetto al diritto nazionale, possono essere fatte valere dagli individui per sindacare misure nazionali.

A ciò vanno aggiunti dei casi famosi successivi, anche già citati, i casi *Dassonville*[364] e *Cassis de Dijon*.

Con queste sentenze la Corte dava un forte impulso alla creazione, e stabilizzazione, del mercato comune, permettendo, e questo avveniva grazie alla c.d. *Dassonville formula*, di sindacare molte misure nazionali che ostacolassero le libertà fondamentali, grazie proprio alla portata della formula.

---

[360] Per ulteriori approfondimenti in materia si veda A. DE RUIJTER, *op. ult. cit.*, p. 65 e 66.

[361] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 16 agosto 1962, C-26/62.

[362] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 15 luglio 1964, C-6/64.

[363] A tal riguardo si rimanda all'opera di A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p 62 e ss. per una lettura diversa in merito all'integrazione europea, nello specifico seguendo il ruolo del diritto in tale processo. Una menzione dell'opera di Sandulli, parallela a quella di questo studio, sarà compiuta poiché aiuta nella comprensione. Di fatti può aiutare a comprendere il processo d'integrazione, e come egli stesso ha rilevato, dapprima un ruolo centrale del diritto, con la giurisprudenza della Corte a segnare la strada, successivamente l'economia ha preso il sopravvento ed il diritto è divenuto solo strumentale, e si vedrà, questo, nelle pagine seguenti.

[364] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 11 luglio 1974, C-8/74.

Di pari passo aumentava il numero di giustificazioni inerenti alla tutela della salute, superabile solo con l'armonizzazione delle misure e, quindi, si vede ancora meglio che fattori abbiano costituito la realizzazione dello *spill-over effect*.
Al contempo il contenuto della sentenza del caso *Cassis*, già vista, aumentava tale necessità, perché introduceva un principio di mutuo riconoscimento, per cui un bene legalmente messo sul mercato in uno Stato membro non poteva essere escluso dall'entrata in altri, tuttavia, solo allegando motivi imperativi, tra cui la tutela della salute, esso poteva essere escluso.
Ma di nuovo, tale principio valeva nei settori non armonizzati, dunque, l'armonizzazione risultava la risposta necessaria a tali limiti alla creazione, e sviluppo, del mercato comune.

Solo ora, successivamente che le necessità di creare nuove competenze si palesassero dalla realtà materiale, avveniva una riforma delle stesse, perciò essa riforma costituiva l'ultimo passaggio di uno sviluppo che sorgeva da esigenze di mercato[365], tenendo anche conto del ruolo che svolgeva, per esso, la Corte.

Si veda dunque il primo intervento legislativo, primario, importante che intervenne nel periodo tra il Trattato di Roma e quello di Maastricht, si tratta dell'Atto Unico Europeo (1986).

2.2.4 L'Atto Unico Europeo (1986) (AUE)

Si è concluso il discorso precedente riconoscendo come, sulla base del modello d'integrazione proprio dell'ordinamento europeo dell'epoca, la riforma del diritto primario dell'UE fosse solamente l'ultimo passaggio, ed esso si è realizzato con l'Atto Unico Europeo.
Esso fu firmato una prima volta in Lussemburgo il 17 febbraio 1986, e successivamente a L'Aia il 28 febbraio 1986.

Prima di introdurre la novità, una tra le altre, interessata a questo studio, si faccia una breve introduzione storica dell'Atto, così da legarsi anche alle conclusioni precedenti.
Si è dimostrato come la creazione di un mercato interno fosse interesse diffuso tra i vari Paesi aderenti alla CEE, che, tra l'altro, aumentarono nel periodo che va dal Trattato di Roma al Trattato di Maastricht[366].
Con tutti questi soggetti la creazione del mercato interno era più onerosa, da un lato, e più importante, dall'altro, poiché si sarebbe costituito un mercato di dimensioni maggiori, che poteva portare solo che giovamenti ai Paesi aderenti alla CEE.
Inoltre da un ventennio era anche attiva la Carta Sociale Europea[367], della quale i primi Paesi aderenti della CEE erano firmatari, di conseguenza soggetti al suo contenuto.

[365] Di nuovo bisogna cogliere l'opportunità di compiere un parallelismo con quanto dice Sandulli, il quale riconosce, come altri, nella genetica dell'UE il mercato, ma ravvisava come inizialmente il peso dell'economia, nel procedere con l'integrazione fosse ridotto, ed il diritto fosse invece ancora centrale ed 'indipendente'.
[366] Ai primi Sei Paesi si aggiunsero altri sei, per un totale di 12 Stati membri della CEE, in particolare si aggiunsero: Danimarca, Gran Bretagna, Grecia, Irlanda, Portogallo e Spagna.

Proprio in merito a questo va detto che la Carta riportava un diritto di tutela della salute, all'art. 11, in particolare.

Nonostante la sua applicazione fosse difficoltosa[368], se intesa prendendo in considerazione l'intero possibile contenuto ad esso articolo attribuibile, costituì un'importante influenza, fra le altre, per l'emanazione dell'Atto Unico Europeo, che di fatti, nel suo preambolo, includeva che i Paesi firmatari emanavano tale atto 'DECISI a promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni, dalle leggi degli Stati membri dalla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo delle libertà fondamentali dalla Carta sociale europea in particolare la libertà l'uguaglianza la giustizia sociale'.

Appare chiaro, dalla lettura del preambolo, che le fonti appena citate siano le stesse che sono state, qui, in precedenza, richiamate in merito alla sentenza del caso *Nold*, ove la Corte ritenne come principi generali dell'ordinamento europeo, proprio i diritti fondamentali, oltre che alle Costituzioni e leggi statali, ai quali fa riferimento lo stesso preambolo.

Quell'evoluzione, prettamente giurisprudenziale, dei diritti fondamentali e dei valori costituzionali, sfocia in un riconoscimento di diritto primario, così come si sta dicendo per la salute.

Ma, andando per gradi, si dica anche del mercato interno, che ha seguito importanti sviluppi sulla base del lavoro della Corte di Giustizia.

Gli avanzamenti compiuti in sede giudiziale necessitano, ovviamente, di un sostrato anche legislativo.

Negli anni precedenti alla firma dell'Atto Unico si è registrata una grande crisi economica che ha investito molti Paesi, e quelli europei tra questi.

Nelle città delle sedi europee, Bruxelles fra tutte, sono approdate molte lobby delle grandi imprese economiche, che esercitavano importanti pressioni per un'integrazione economica maggiore[369].

Dal canto loro anche i capi di Stati dei Paesi membri avvertivano la stessa necessità, e le strade da perseguire erano fondamentalmente quattro.

Queste vennero proposte agli Stati dal neo-presidente della Commissione, Jacques Delors il quale 'gave the national governments four choices for recapturing momentum: monetary policy, foreign policy and defence, institutional reform, or the internal market'[370].

La scelta degli Stati fu, ovviamente, orientata verso la creazione, ed il rafforzamento del mercato interno, non più comune.

---

[367] È un Trattato del Consiglio di Europa, fu firmata la prima volta a Torino nel 1961, rivisitata a Strasburgo, dove è stata definita la sua forma consolidata, il 3 maggio 1996.

[368] Il riferimento è alle pagine precedenti nelle quali si diceva come i diritti fondamentali abbiano sicuramente svolto un ruolo importante ai fini del riconoscimento dell'importanza della tutela della salute, bensì erano difficili da applicare in maniera più sistematica.

[369] N. FLIGSTEIN P. BRANTLEY, *The 1992 single market program and the interests of business*, in B. EICHENGREEN J. FIREDEN (eds.), *Politics and institutions in an integrated Europe*, Berlin, Springer, 1995.

[370] D. CHALMERS G. DAVIES G. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 19.

Appare evidente, come evincibile anche dall'opera di Sandulli[371], che in quegli anni, seguendo anche le strade percorse singolarmente, ed anche no, di USA e Regno Unito, l'economia assumeva un ruolo importante per una ripartenza dalla crisi, che però nella CEE doveva anche fare i conti con le carenze sociali, strutturali.

Dunque la creazione del mercato interno assume un ruolo preminente nei progetti della CEE, e ciò viene sancito all'interno di un atto legislativo di riforma del Trattato, a riprova del tipo di metodologia seguitasi circa l'evoluzione dell'ordinamento europeo.

Non indugiando oltre in merito alle premesse storiche che giustificano il contenuto di questo atto, se ne evidenzino immediatamente i contenuti più rilevanti a questo scopo[372].

Venne introdotto quello che è ora l'art. 26 TFUE, riportato in precedenza, in particolare le lettere del II comma sanciscono i risultati delle trattative avutesi per la creazione dell'Atto Unico Europeo.

Esso recita:

"L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati.

Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati.

Il Consiglio, su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati".

Tra le altre novità che esso introduce, per la prima volta fa apparizione il tema della salute all'interno del Trattato, e nello specifico viene introdotto l'art. 110A del Trattato che istituisce la CEE, esso viene introdotto con l'art. 18 dell'Atto Unico Europeo.

Il nuovo articolo 100A del Trattato concerne una nuova procedura per l'adozione delle 'misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno'[373].

Nello specifico, la nuova procedura per l'adozione di esse misure, è il voto a maggioranza del Consiglio, ed esse misure sono proposte dalla Commissione.

Proprio a tal riguardo, l'art. 18 dell'Atto inserisce al nuovo art. 100A il III comma, che è la disposizione che interessa tale analisi.

Esso prevede che 'La Commissione nelle sue proposte di cui al paragrafo in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori si basa su un livello di protezione elevato'[374].

[371] A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p.62 e ss.
[372] Per ulteriori approfondimenti si veda D. CHALMERS G. DAVIES G. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 19.
[373] Art. 100A Trattato che istituisce la CEE, I comma.
[374] Art. 100A Trattato che istituisce la CEE, III comma.

Per la prima volta viene inserita la tutela della salute come elemento delle politiche dell'unione, tuttavia ancora si dovrà aspettare per vedere una disposizione riguardante una competenza vera e propria circa la tutela della salute, in particolare della sanità pubblica.

Di fatti, tale nuova procedura, nonostante il suo carattere innovativo, ancora risulta molto legata a quella visione 'mercantilistica' di cui si diceva.

Oltre alla necessità che le misure per l'armonizzazione abbiano ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno, esse subiscono un ulteriore vincolo previsto nella parte precedente del capoverso.

Le misure di cui si sta parlando devono essere volte alla 'realizzazione degli obiettivi dell'articolo 26'[375]

Questi obiettivi sono quelli inerenti alle lettere dell'articolo citato, e riportato poc'anzi.

Dunque, nonostante l'apparente passo avanti compiuto con l'Atto Unico Europeo, che almeno pone la base per quel 'mainstreaming' della tutela della salute nelle politiche europee, ancora si è lontani dal poter parlare di competenze in materia della CEE (UE), e, soprattutto, gli interventi ritenuti plausibili, e legittimati, ad investire il settore della salute, sono ancora strettamente legati alla visione 'mercantilistica' dell'ordinamento, ovvero legati agli obiettivi di realizzazione del mercato, ora interno, non più comune, come è stato negli atti, visti, dei trent'anni precedenti.

2.3. Da Maastricht a Lisbona

2.3.1 Una premessa sulla strada per Maastricht

L'Atto Unico Europeo ha costituito una premessa importante per l'andamento dell'integrazione europea negli anni successivi, esso ha, di fatti, posto le basi per il tipo di lavoro, e percorso, che si è svolto e seguito nel corso degli anni successivi, i quali vedono, circa interventi sui Trattati, due momenti importanti, precedenti alla tappa di Lisbona, l'emanazione del Trattato di Maastricht (1992) e quello di Amsterdam (1997).

Come si era detto, l'Atto Unico ha sancito la decisione politica degli Stati membri di perseguire l'integrazione seguendo la strada della creazione del mercato interno, la quale definizione, l'art. 18 AUE, l'ha scolpita nel II comma dell'attuale art. 26 TFUE.

Questa strada per l'integrazione, però, non era più avvertita come sufficiente, nel senso che, senza essere rinnegata, sorgeva l'intenzione degli Stati di muoversi verso un passo ulteriore d'integrazione.

In particolare veniva avvertita la necessità di instaurare una politica sociale dell'UE che potesse supportare l'integrazione, già economica, del mercato interno.

Un esempio è la volontà espressa dai capi di Stato nel Consiglio Europeo del 1988[376] di affiancare all'integrazione economica anche un'integrazione sociale che giovasse a tutti i cittadini, non solo ai

[375] Art. 114 TFUE, I comma.

lavoratori, da sempre 'privilegiati' in merito di tutele, come già visto, poiché essi, se da un lato contribuivano alla creazione del mercato grazie alla loro libera circolazione, dall'altro e per lo stesso motivo meritavano una tutela che non rendesse il loro spostamento una diminuzione delle loro tutele sociali[377].

Quanto appena detto era anche stato manifestato nello stesso Consiglio Europeo appena citato dove i capi di Stato affermavano che 'to that end it is necessary, besides improving working conditions and the standard of living of wage earners, to provide better protection for the health and safety of workers at their workplace'[378].

Bisogna, tuttavia, prendere in considerazione un ulteriore risultato di quel Consiglio Europeo, che palesa, inequivocabilmente, la posizione degli Stati, a cui si accennava, e come questa fosse strettamente legata anche all'Atto Unico Europeo, nel senso di quest'ultimo come sua premessa.

Di fatti venne stabilito che 'the European Council recalls that, in adopting the Single Act, the Member States confirmed the objective of progressive realization of economic and monetary union'[379].

L'Atto Unico Europeo, ed in particolare il suo primario obiettivo, vale a dire il completamento del mercato interno 'has now reached the point where it is irreversible, a fact accepted by those engaged in economic and social life'[380].Poiché oramai il processo d'integrazione era divenuto irreversibile, e questo è la perfetta realizzazione della teoria sullo *spill-over effect*, l'integrazione poteva solamente essere rafforzata, in particolare, come si è visto, perseguendo la strada dell'unione, anche, monetaria.

Essa unione era già stata proposta dalla Commissione Delors nel 1985 prima della firma dell'Atto Unico Europeo, ma all'epoca la strada del mercato interno sembrava più realizzabile per gli Stati considerando la realtà storica, economica e sociale[381].

Ora invece le possibilità sembrano mature per cui la scelta di un'unione monetaria sembrava una tappa successiva del processo d'integrazione, fermo restando che si soleva anche adottare misure inerenti al volto sociale dell'Europa, e ciò interesserà tale disamina inerentemente alla tutela della salute, ivi inclusa.

Bisogna, infine, menzionare giusto alcuni aspetti della realtà nella quale avvenne l'adozione del Trattato di Maastricht, che risultava decisamente diversa rispetto a pochi anni prima.

Innanzitutto venne distrutto il Muro di Berlino nel 1989, e ciò segnò la fine dei conflitti in seno all'Europa, e la stabilizzazione di un contesto di pace, fine primario e genetico dell'Unione Europea.

---

[376] Riferimento è al Consiglio che si è tenuto nel 1988 ad Hannover.

[377] Di nuovo si può vedere il carattere strumentale di alcune previsioni, che non permettono di essere considerate come, solamente, una manifestazione del modello sociale europeo.

[378] *Conclusione* del Consiglio Europeo del 1988 ad Hannover; Bollettino 6-1988, p. 165, par. 3.

[379] *Conclusione* del Consiglio Europeo del 1988 ad Hannover; Bollettino 6-1988, p. 165, par. 5.

[380] *Conclusione* del Consiglio Europeo del 1988 ad Hannover; Bollettino 6-1988, p. 164, par. 1.

[381] A prova di ciò basti pensare che prima della firma dell'Atto Unico Europeo venne redatto, e proposto, un programma per la realizzazione del mercato. Esso enunciava le azioni da prendere, ed esse erano, nello specifico 279 punti. Il progetto in questione venne redatto da Lord Cockfield ed era stato denominato '*White Paper on Completion of the Inernal Market*'. Prima di Maastricht il 95% di tali punti venne emanato dagli Stati membri, ed il 73% entrò anche in vigore. Per ulteriori riferimenti si veda D .CHALMERS G. DAVIES. G. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 20.

A ciò va anche aggiunta la difficile situazione finanziaria di alcuni Paesi, nel senso che soffrivano di instabilità monetaria, per cui l'unione monetaria veniva vista come una possibile, ed unica, soluzione[382].
Tali brevi excursus sono necessari per comprendere meglio il discorso, e verranno, altresì, ripresi in seguito per comprendere meglio le novità del Trattato, soprattutto in materia di tutela della salute.

2.3.2 Le novità introdotte dal Trattato di Maastricht

Il Trattato di Maastricht venne firmato nell'omonima città il 7 febbraio 1992, ed entrò in vigore il 1 novembre 1993, come si annota a piè di pagina, esso subì alcuni attriti in merito alla sua approvazione, che ne determinano il ritardo nell'entrare in vigore.

Di esso vengano detti immediatamente le novità più importanti, prendendo in considerazione, soprattutto, quelle che rilevano maggiormente circa il tema della tutela della salute nell'ordinamento europeo.
Tra tutte, le prime che vanno menzionate, nonostante possano apparire di scarsa rilevanza, ovvero, ad oggi, di ovvia definizione, questo Trattato prende il nome di 'Trattato sull'Unione Europea', nel senso che 'con il presente trattato, le Alte Parti Contraenti istituiscono tra loro un'Unione europea'[383].
Lo stesso poi continua stabilendo che 'il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini'[384].
Ed ancora, l'art. G stabilisce che in tutto il Trattato 'l'espressione «Comunità economica europea» è sostituita dall'espressione «Comunità europea»'[385].
Queste possono sembrare solamente delle sottigliezze linguistiche, ma invece sono la codificazione delle volontà espresse dagli Stati, ed alle quali si faceva riferimento inizialmente.
Di seguito a ciò si passi a vedere invece quelle modifiche introdotte a Maastricht che interessano più nello specifico lo studio qui in opera.
Innanzitutto va menzionato l'art. G, lett. B), punto 3) del Trattato, il quale va ad innestare delle modifiche importanti in merito ai principi della Comunità Europea, e specificatamente, l'art. 3 del Trattato sulla CEE che riguardava le competenze della stessa, sulla base dei principi che la fondano.
Nel nuovo testo dell'art. 3 TCE viene, di fatti, previsto che 'l' azione della Comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato: […] un contributo al conseguimento di un elevato livello di protezione della salute'[386].

[382] In particolare il Governo Francese di Mitterrand e quello Tedesco di Kohl vedevano ed auspicavano una tale soluzione. Del tutto ironico fu il risultato successivo, in Francia si giunse al *Referendum* sull'adozione del Trattato ed il Paese era del tutto diviso a metà (49% contrari e 51% a favore), ed anche la Germania adisse la Corte Costituzionale a riguardo che, però risultò essere più aperta a tale processo di 'europeizzazione'. Per ulteriori riferimenti D .CHALMERS G. DAVIES. G. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 23 e ss.
[383] Art. A Trattato sull'Unione Europea, I comma.
[384] Art. A Trattato sull'Unione Europea, II comma.
[385] Art. G Trattato sull'Unione Europea, lett. A), punto 1).

A ciò va sommata anche un'altra importante novità apportata dal Trattato sull'UE, ed è contenuta nell'art. G lett. B), punto 5).

Si tratta del principio di sussidiarietà, già visto in precedenza, che nella versione precedente non era incluso.

L'art. G lett. B), punto 5), in sostanza, ha introdotto la versione attuale di quello che, dopo il Trattato di Amsterdam, sarà numerato come art. 5 TCE, e che sancisce la possibilità d'intervento da parte dell'Unione, solamente se l'azione del singolo Stato non sia sufficiente a raggiungere l'obiettivo prefissatosi, sempre fermo restando, altresì, il principio di proporzionalità.

Quanto detto è molto importante, nel senso che è una nuova disposizione dal peso rilevante, in particolare se, poi, visto in ottica di tutela della salute e della competenza della CE nel settore.

Con questa previsione, prima inesistente, si palesa una possibilità nuova della CE di intervenire in quelle materie, anche di competenza degli Stati, ma che, se l'azione di quest'ultimi non è sufficiente per il raggiungimento dell'obiettivo, legittimano la prima a compiere solamente ciò che necessario.

Detto ciò, ora si muova verso la novità più importante che fu introdotta dal Trattato di Maastricht, quando si tratta di tutela della salute, e della competenza dell'UE a riguardo.

Essa è contenuta nell'art. G lett. D), punto 38) del TUE ed introduce un nuovo Titolo nel Capo 3 del Trattato, il Titolo X in materia di 'sanità pubblica'.

Di particolare interesse è l'art. 129 che esso introduce, il quale recita:

"La Comunità contribuisce a garantire un livello elevato di protezione della salute umana, incoraggiando la cooperazione tra gli Stati membri e, se necessario, sostenendone l'azione. L'azione della Comunità si indirizza in primo luogo alla prevenzione delle malattie, segnatamente dei grandi flagelli, compresa la tossicodipendenza, favorendo la ricerca sulle loro cause e sulla loro propagazione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria. Le esigenze di protezione della salute costituiscono una componente delle altre politiche della Comunità.

Gli Stati membri coordinano tra loro, in collegamento con la Commissione, le rispettive politiche ed i rispettivi programmi nei settori di cui al paragrafo 1. La Commissione può prendere, in stretto contatto con gli Stati membri, ogni iniziativa utile a promuovere detto coordinamento.

La Comunità e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e con le organizzazioni internazionali competenti in materia di sanità pubblica.

Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo, il Consiglio adotta :

— deliberando in conformità della procedura di cui all' articolo 189 B e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri ;

— deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, raccomandazioni".

---

[386] Art. 3 TCE, I comma lett. *o).*

Si rimanda la trattazione più attenta dell'articolo e della competenza dell'Unione ad un momento successivo per esigenze di coerenza, poiché tale articolo ha subito importanti modifiche prima di giungere alla versione consolidata, con il Trattato di Lisbona, racchiuse nell'art. 168 TFUE.

Ciò che merita, tuttavia, di essere sottolineato, è che si apre uno spiraglio per riconoscere l'attribuzione di alcuni poteri alla CE circa la tutela della salute, in particolare in quei settori che risultano più idonei ad un'azione da parte di questa, quindi, come si evince, nella 'prevenzione delle malattie, segnatamente dei grandi flagelli, compresa la tossicodipendenza, favorendo la ricerca sulle loro cause e sulla loro propagazione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria'[387].

Inoltre, all'ultimo capoverso del I comma, viene inserita anche una previsione molto importante che costituisce la base di quell'attività che è stata definita (HERVEY) il 'mainstreaming' della tutela della salute nelle politiche europee.

Si rilevi, nondimeno, che questo nuovo articolo ben si unisce con quello introdotto dall'Atto Unico Europeo, vale a dire l'art. 100A , il quale introdusse una disciplina 'facilitata' per l'emanazione degli atti aventi ad oggetto il funzionamento, o l'instaurazione del mercato interno, e tra le possibili materie delle proposte, compariva anche la salute[388].

La procedura è qui definita come 'facilitata' poiché permetteva l'emanazione di tali atti, principalmente Direttive, tramite voto a maggioranza qualificata, derogando alla regola dell'art. 100 che invece richiedeva l'unanimità in seno al Consiglio.

La necessità di una regola del genere discendeva anche dal fatto che il numero degli Stati membri fosse aumentato, per cui risultava più difficile l'emanazione di atti, che si badi bene, riguardavano il funzionamento di un aspetto vitale della CE, vale a dire il mercato interno.

Altro collegamento che va anticipato del neo-istituito art.129 TCE è quello di quest'ultimo con l'art. 5, anch'esso appena introdotto, vale a dire il principio di sussidiarietà.

Esso, come si era detto, paventava la possibilità, da parte dell'UE, di intervenire ogni qualvolta l'azione degli Stati non fosse sufficiente al raggiungimento degli obiettivi, dunque, prendendo ora in considerazione, con esso, l'art. 129 TCE, nonostante la sua sinteticità, e soprattutto puntualità nell'individuare le competenze in materia di salute da parte dell'Unione, ben potrebbe essere che questa, sulla base dello stesso, possa legittimare il suo intervento ogni qualvolta l'azione degli Stati non sia sufficiente.

In particolare, quanto appena detto, potrebbe inserirsi nelle previsioni nelle quali si prevede che l'UE incoraggi 'la cooperazione tra gli Stati membri e, se necessario, sostenendone l'azione'[389].

Una volta visti questi aspetti, anticipatori, ma importanti, della maggiore novità introdotta dal Trattato in materia di tutela della salute, si veda, infine, l'ultima grande novità introdotta dal trattato di Maastricht, nello

[387] Art. 129 TCE, I comma.
[388] Art. 100A Trattato che istituisce la CEE, III comma.
[389] Art. 129 TCE, I comma.

specifico, sulla scia del suo obiettivo di performare il 'processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa'[390].

Su questa base l'art. B fissava gli obiettivi dell'Unione, ed in particolare, prevedeva di 'rafforzare la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini dei suoi Stati membri mediante l'istituzione di una cittadinanza dell'Unione'.

Riprendendo quanto si diceva durante l'introduzione dello studio sul Trattato, e sulle premesse, in particolare, a riguardo, si diceva che l'obiettivo era quello di perseguire una maggiore integrazione, che non fosse orientata solamente al settore economico, ed ora, anche quello monetario.

Di fatti, viene introdotta una novità davvero rilevante, una Cittadinanza per tutti i cittadini dei Paesi membri, che non sostituisce la seconda, ma solamente si aggiunge a questa.

Questa operazione è compiuta dall'art. G lett. C), che introduce l'art. 8 del TCE, che prevede che 'è istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente trattato'.

In particolare tra i diritti di cui godono i cittadini dell'Unione va menzionato quello 'di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso'[391].

Non potendosi soffermare ulteriormente sullo studio della cittadinanza europea *per sé*[392], va però sottolineato un aspetto importante a riguardo.

Essa costituisce una novità importante soprattutto, in merito al suo contenuto squisitamente giuridico, poiché riconosce a tutti il diritto di libera circolazione, estendendolo, quindi, anche a coloro che non rientrano specificatamente nelle previsioni di libera circolazione che compongono le regole del mercato interno[393].

Su tale base, inoltre, viene, al II comma, riconosciuta la possibilità al Consiglio di 'adottare disposizioni intese a facilitare l'esercizio dei diritti di cui al paragrafo 1'[394].

Quindi, potrebbe ben essere che, sulla base di queste disposizioni, l'Unione, nell'istituzione del Consiglio, adotti delle misure che estendano le previsioni aldilà di quelle riconosciute in forza del mercato interno.

Sostanzialmente, potrebbe ben accadere che si esca dalla visione di un'Unione fondata, ed orientata, solamente, intorno alla creazione, e sviluppo, del mercato comune, potendo approvare delle misure dal

---

[390] Art. A TUE, II comma.

[391] Art. 8A TCE, I comma.

[392] In particolare si veda, per approfondire, D. KOCHENOV, *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University press, 2017; ancora E. SPAVENTA, *Earned citizenship – understanding Union citizenship through its scope*, in D. KOCHENOV (eds), *op. ult. cit.*; ancora H.U.J. D'OLIVEIRA, *EU citizenship and beyond*, in H.U.J. D'OLIVEIRA, *EUI Working Papers LAW 2018/15*, Firenze, European University Institute, 2018; per uno studio della cittadinanza europea nell'ottica delle regole che disciplinano il mercato interno, invece, si veda C.R. O'BRIEN, *Itrade, therefore I am : legal personhood in the European Union*, in T. ACKERMANN et al. (eds.), *Common Market Law Review*, Vol. 50, Alphen aan den Rijn, Kluwer Academic Publisher, 2013.

[393] Si tratta degli artt. 28-34 e 35 TFUE (libera circolazione delle merci); art. 45 TFUE (libera circolazione dei lavoratori); art. 49 TFUE (diritto di stabilimento); art. 56 TFUE (libera circolazione dei servizi) e art. 63TFUE (libera circolazione dei capitali)

[394] Art. 8A TCE, II comma.

contenuto più sociale, che economico, realizzando quell'integrazione, auspicata, e messa in cantiere dal Trattato di Maastricht.

Quanto si sta dicendo, comunque, non appare una mera ipotesi, sorta dalla lettura delle disposizioni appena introdotte dal TUE, ma è la constatazione di quanto avvenne nella realtà, non solo in merito alla tutela della salute, ma anche in merito ad altri diritti che sono riconosciuti dal possesso di suddetta cittadinanza[395].

Espandendo il discorso che si faceva in precedenza in merito alle tensioni, possibili, tra diritto alla salute e cittadinanza, anche quest'ultima è spesso in tensione con le libertà fondamentali del mercato interno, ed anche in tal caso, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha svolto un ruolo molto importante[396].

A prova di quanto si sta dicendo, in questi anni che vanno dal Trattato di Maastricht a quello di Lisbona, alcuni casi della Corte hanno davvero posto le basi per una nuova disciplina in merito alla tutela della salute, esulando, in parte, dalle competenze specifiche che sono riconosciute nei Trattati, e ponendone, meglio, di nuove.

Come si vedrà, esse hanno poi costituito la base per nuovi interventi legislativi, volti a codificare nel diritto secondario, questi approdi della giurisprudenza della Corte, nello stesso schema, in grandi linee, di quanto avvenne prima dell'Atto Unico Europeo.

2.3.3 Sulla strada verso Amsterdam

Si proceda ora a vedere un'ulteriore tappa successiva al Trattato di Maastricht, che, nella sostanza, è andata a rafforzare le basi che si sono poste con il precedente Trattato, sempre verso una maggiore integrazione.

Prima, dunque, di procedere con la disamina delle novità introdotte dal Trattato stesso, vanno menzionati dei fatti storici, che, in maniera molto invadente, determinarono le novità che furono introdotte nel suddetto Trattato.

Innanzitutto va detto che nuovi Paesi entrarono a far parte dell'Unione[397], portando a 15 il numero di Stati membri della Comunità Europea, per cui sempre più coerente e lungimirante è stata la scelta di introdurre dei meccanismi di voto, in questioni anche particolarmente sensibili, in cui non sia prevista solamente l'unanimità, bensì anche la maggioranza qualificata.

---

[395] Tra gli altri diritti che essa attribuisce ai titolari, oltre alla libera circolazione, si annoverano: 'b) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; c) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; d) il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua' (art. 20 TFUE).

[396] Il culmine, probabilmente, delle tensioni, sciolte (o aumentate) dalla Corte si è raggiunto con il famoso caso *Ruiz Zambrano* (C-34/09), in cui, a due bambini di origine colombiana, nati in Belgio, nel momento in cui rischiavano di tornare in Colombia, ove esisteva un pericolo per la loro incolumità, la Corte riconobbe la cittadinanza belga, dunque Europea, la quale non poteva essere da questi goduta, in merito ai diritti che attribuisce, poiché costretti ad emigrare con i genitori, ai quali essi erano dipendenti economicamente ed umanamente.

[397] I nuovi Paesi membri dell'Unione sono: Austria, Finlandia e Svezia.

I 15 Stati membri dell'Unione firmarono il Trattato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, esso entrerà in vigore il 1 maggio 1999, e durante quegli anni saranno rilevanti alcune decisioni prese all'interno dell'Unione.
In particolare, il 1997 è molto rilevante anche per altri aspetti, non direttamente concernenti la tutela della salute, bensì assetti economici dell'Unione che entreranno in gioco, successivamente, circa la tutela della salute, soprattutto da parte degli Stati membri.
Di fatti 'il Trattato di Maastricht richiede agli Stati membri dell'Unione europea il rispetto di due regole di bilancio1, un rapporto indebitamento netto/PIL inferiore al 3 per cento e un rapporto debito/PIL inferiore al 60 per cento'[398], e tali misure fanno parte delle previsioni per il raggiungimento di un'unione monetaria, da un lato, e di misure, rigorose, per permettere l'accesso di nuovi Paesi all'interno dell'UE.
Sulla base di tali nuove disposizioni previste dal trattato di Maastricht, negli anni successivi vennero disposti, ed attuati, degli strumenti che perseguissero la stessa strada, in particolare, realizzassero l'Unione Monetaria che si desiderava.
Questi strumenti di cui si sta facendo menzione sono due Regolamenti, nello specifico, che costituiscono il Patto di Stabilità e Crescita (PSC), sottoscritto proprio nel 1997, esso è un accordo internazionale.
Tali regolamenti compongono l'articolazione di tale Patto, che, si ricordi, mira a realizzare quell'unione monetaria sulla base dei nuovi parametri economici, e di controllo economico della spesa, introdotti dal TUE[399].
Il primo di questi Regolamenti è il Regolamento (CE) del 7 luglio 1997, n. 1466/97, esso mira al 'rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche'.
Il secondo è stato adottato lo stesso giorno, furono emanati come pacchetto, ed è il Regolamento (CE) 7 luglio 1997, n. 1467/97, relativo 'all'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi'.
Senza voler entrare nel merito della disciplina che essi introdussero va, però, detto che, all'alba della firma del Trattato di Amsterdam, la CE, quindi, istituiva un complesso di regole in merito alla governance economica, che, se da un lato serviva a rendere e mantenere stabile la zona Euro[400], dall'altro, ciò, sarebbe divenuto un importante pilastro della disciplina di diritto europeo che orientava, sempre di più, l'integrazione verso una natura economica più che sociale.

[398] *La governance economica europea*, p. 1, Servizio del bilancio del Senato, Giugno 2013 n. 3.
[399] Nello specifico gli articoli del Trattato sull'UE che costituivano la base per l'adozione del Patto, e l'emanazione di tali Regolamenti sono gli attuali art. 121 TFUE (sorveglianza multilaterale); art. 124 TFUE (procedura per i disavanzi eccessivi) e l'art. 119 TFUE, III comma, che invece stabilisce i principi che le azioni degli Stati e dell'Unione devono rispettare, vale a dire: prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile. (*sound fiscal policy*).
[400] Non a caso il Patto entrò in vigore nel 1999, e nello stesso anno l'euro, come moneta unica prendeva vita, anche se doveva attendere degli anni prima di divenire moneta corrente.

Quello che però va sottolineato, già da questo momento, in merito a queste evoluzioni concernenti la governance dell'economia nell'Unione è che, proprio seguendo il percorso di un'evoluzione filo-economica, e non sociale, si rischia di compromettere, per ragione di controllo della spesa e dei disavanzi eccessivi, l'erogazione, da parte degli Stati, di quelle prestazioni attinenti ai diritti sociali che tutti, con le debite differenze, riconoscono.

'Nel corso della seconda metà del Novecento è venuta emergendo la difficoltà di poter sostenere il costo finanziario dei diritti sociali e, al contempo, come è stato rilevato, si è assistito ad una scissione nella cura del bene comune tra l'ordinamento europeo e quelli statali'[401].

Questa scissione, proposta magistralmente da Sandulli, corrisponde, utilizzando i termini di tale ricerca, a quelle differenze che si sono viste tra l'ordinamento statale ed europeo in materia di tutela della salute, la sua accezione.

Nell'ordinamento europeo, sulla via dell'integrazione, sbilanciata verso l'economia, si presentano delle regole, incarnate *in primis* nel PSC, che si oppongono, o rischiano di opporsi, ad esigenze che sorgono sulla base di prestazioni sociali delle quali lo Stato risulta obbligato.

La contrapposizione, come si diceva, coerente alla raffigurazione della scissione, sopradetta, si palesa, snocciolando in maniera più semplice, nella contrapposizione tra le obbligazioni di natura finanziaria che gli Stati assumono verso gli altri per mantenere la stabilità della zona Euro e dell'economia europea, e le obbligazioni interne, sociali, che essi assumono verso i cittadini, altresì cittadini europei.

L'insieme di elementi che sono in gioco, per cui s'intendono le regole che compongono sia l'ordinamento europeo che quello statale, sono vari.

In tal senso, come si è appena detto, entra in gioco anche la disciplina concernente la cittadinanza europea, la quale ha un contenuto, o può averlo, più sociale rispetto alle regole del mercato interno e quelle di governance economica, ed a questa si aggiunga la disciplina che si vedrà in materia di tutela della salute.

La difficoltà sta proprio nel trovare l'equilibrio tra tutti questi fattori, poiché non è sempre possibile ritirare il carattere sociale in favore di necessità economiche, altresì importanti.

Rimanendo sul versante più inerente all'aspetto economista/mercantilista dell'UE, contrapposto a quello sociale che fa capo alla tutela della salute, alla sua possibile competenza attribuita all'Unione, ed alla disciplina della cittadinanza, si prendano le parole di Sandulli, il quale rileva la realizzazione del 'passaggio dallo Stato del benessere allo Stato regolatore, con il conseguente ribaltamento del "rapporto tra Stato e mercato: dalla concezione che assegna allo Stato il compito di presiedere, in luogo del mercato, sia all'erogazione di servizi assistenziali, sia di correggere politicamente il mercato, quando questo interferisca con la soddisfazione dei bisogni primari dei cittadini e con esigenze di carattere superindividuale, i principi introdotti dai Trattati europei segnano il passaggio all'idea che, invece, il mercato sia tendenzialmente in

[401] A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 68 e ss.

grado di rispondere a ogni istanza di benessere sociale sol che gli sia dato di sviluppare integralmente la libera concorrenza e che, perciò, lo Stato debba limitarsi ad intervenire all'esclusivo fine di rimuovere ogni sorta di ostacolo al pieno dispiegamento di una competizione, non solo libera, ma soprattutto privata"[402].
In queste lettere si percepisce, e vede, chiaramente, il rischio delle scelte appena effettuate e che sono state appena esposte.
La strada intrapresa negli anni 80, è marcata fortemente delle modifiche che, anche se esse specifiche non concernono la tutela della salute, indirettamente la riguardano.
Queste due tappe fondamentali sono, per l'appunto, il Trattato di Maastricht e di Amsterdam, nella misura in cui segnano la svolta verso l'economia e la finanza da parte dell'UE, parallela, in maniera quasi ironica, a slanci sociali come sono il riconoscimento, ed istituzione, di una cittadinanza europea, che come detto attribuisce i diritti dei Trattati a tutti, indipendentemente dall'esistenza di un collegamento economico con essi, ed anche di una prima competenza in materia di tutela della salute.

2.3.4 Il Trattato di Amsterdam

La firma del Trattato di Amsterdam fu direttamente successiva, cronologicamente, ai fatti sopraesposti, di fatti, essa fu compiuta dai 15 Stati membri il 2 ottobre 1997, ed entrò i vigore il 1 maggio 1999.

Si vedano dunque le novità più importanti a riguardo, dedicando particolare attenzione al tema della tutela della salute.
Esso corrisponde ad una logica conseguenza del Trattato di Maastricht, e ciò si evince anche vedendo i fatti successivi all'adozione di quest'ultimo e che precedono il secondo Trattato adottato in Olanda.
In particolare, gran parte delle novità riguardano gli aspetti di coordinazione dell'Unione, nel senso che con il Trattato di Amsterdam si cerca di rafforzare la possibilità degli Stati di cooperare in alcune aree di politica, a delle condizioni altresì previste dal Trattato.
Il riferimento, in particolare, è l'area di 'libertà, sicurezza e giustizia'[403], la quale va, nella sostanza, ad incorporare l'accordo di Schengen per realizzare quanto previsto del II comma dello stesso art. 67 TFUE, il quale prevede che 'essa garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi'.
Proprio a tal riguardo venne introdotto un nuovo art. 6 TUE che prevede che 'l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri'.

[402] A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 69.
[403] Art. 67 TFUE, I comma.

Questo è quindi uno dei primi ambiti di cambiamento, strutturali, apportati dal Trattato, e, dunque, le misure strumentali a rafforzare la cooperazione degli Stati, erano previste esattamente a questo scopo, la creazione di un'area di libertà, sicurezza e giustizia, che creasse, altresì, un volto diverso all'integrazione (economica) delineato dal Trattato di Maastricht.

Proprio prendendo spunto da queste intenzioni volte a controbilanciare il volto economico dell'Unione si vedano altre modifiche del Trattato di Amsterdam, innanzitutto partendo da un'altra strutturale, in particolare riguardante un aspetto istituzionale dell'Unione.
Si tratta del Parlamento Europeo, il quale viene reso molto più partecipe dei procedimenti legislativi, rendendo, in conformità con le lettere appena riportate, l'Unione molto più democratica, in particolare per alcune materie nelle quali la sua competenza è stata allargata.
Ciò appare necessario, e coerente, se si vuole creare un'Unione che ravvicini i cittadini europei, e, quindi, il rafforzamento del Parlamento Europeo s'inserisce su questa serie di obiettivi.
Più specificatamente, la modalità attraverso la quale ciò avviene è una nuova procedura legislativa che prevede la compartecipazione del Consiglio con il Parlamento Europeo, ed essa è racchiusa nell'art. 251 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea[404].
Questa procedura vede sì la partecipazione del Parlamento, bensì non attribuendogli un ruolo di particolare rilevanza.
Tuttavia è un passo avanti notevole verso una possibile legittimazione democratica dell'Unione.
Rimanendo legati a quanto detto sulla procedura legislativa appena introdotta si vedano, ora, le modifiche che concernono più direttamente la tutela della salute e la sua competenza nell'ordinamento europeo.
L'art. 2 Trattato di Amsterdam, punto 26) introduce delle modifiche importanti all'art. 129 TCE introdotto dal Trattato di Maastricht, del quale si è riportato il testo e rimandata l'analisi poiché le modifiche avvenute lo hanno modificato in maniera tale da rendere più congeniale il suo studio nella versione consolidata, tuttavia degli aspetti vanno comunque sottolineati.

Il nuovo testo recita:

"Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività della Comunità è garantito un livello elevato di protezione della salute umana. L' azione della Comunità, che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delie malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute umana. Tale azione comprende la lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro prevenzione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria. La Comunità completa l' azione degli Stati membri

[404] Questa procedura, modificata di nuovo dal Trattato di Lisbona, prevede che la Commissione, con delle proposte, attivi il procedimento legislativo, dove il Parlamento partecipa con la possibilità di proporre emendamenti, o meno. Sulla base di quelli, il Consiglio delibererà a maggioranza qualificata per emanare l'atto. Potrebbe anche avvenire che il Consiglio, diversamente dai due casi appena citati, adotti una posizione comune che sottopone al Parlamento il quale sarà, da quel momento, incaricato di sviluppare il procedimento legislativo.

volta a ridurre gli effetti nocivi per la salute umana derivanti dall'uso di stupefacenti, comprese l'informazione e la prevenzione.

2. La Comunità incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri nei settori di cui al presente articolo e, ove necessario, appoggia la loro azione. Gli Stati membri coordinano tra loro, in collegamento con la Commissione, le rispettive politiche ed i rispettivi programmi nei settori di cui al paragrafo 1 . La Commissione può prendere, in stretto contatto con gli Stati membri, ogni iniziativa utile a promuovere detto coordinamento.

3. La Comunità e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e con le organizzazioni internazionali competenti in materia di sanità pubblica.

4. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 189 B e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, contribuisce alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo, adottando :

a) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; tali misure non ostano a che gli Stati membri mantengano o introducano misure protettive più rigorose ;

b) in deroga all'articolo 43, misure nei settori veterinario e fitosanitario il cui obiettivo primario sia la protezione della sanità pubblica ;

c) misure di incentivazione destinate a proteggere e a migliorare la salute umana, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può altresì adottare raccomandazioni per i fini stabiliti dal presente articolo.

5. L'azione comunitaria nel settore della sanità pubblica rispetta appieno le competenze degli Stati membri in materia di organizzazione e fornitura di servizi sanitari e assistenza medica. In particolare le misure di cui al paragrafo 4 , lettera a) non pregiudicano le disposizioni nazionali sulla donazione e l'impiego medico di organi e sangue".

Il testo del nuovo articolo risulta profondamente diverso da quello precedente, e nello specifico, le competenze dell'Unione sono diverse, il suo ruolo appare più marcato, per quanto concerne la sanità pubblica, nonché le competenze sono maggiori, come si evince anche dallo stile linguistico, molto più deciso rispetto al testo precedente che sembra più vago.

Ciò si evince già dalla lettura del I comma, ove avviene quel 'mainstreaming', più volte citato, della tutela della salute umana in tutte le politiche dell'Unione.

Altresì essa azione non è solamente indirizzata solamente alle grandi affezioni o flagelli che investono i cittadini europei, bensì ha anche un contenuto specifico indirizzato alla sanità pubblica.

Se si vuole, dunque, declinare tale concetto si ritorni a quanto veniva detto in apertura circa la definizione da attribuirgli, e si coniughi, altresì, con gli interventi, in materia che la stessa ha compiuto.

Ad esempio, si è detto del ruolo importante dell'Unione nel settore della politica comune sull'agricoltura, così come in merito al settore farmaceutico.

Gl'interventi, richiesti, o semplicemente avvenuti, dell'UE nel settore, hanno determinato la definizione di una sua competenza in materia, provando, inoltre, come avvenuto altre volte, che tale codificazione sia il culmine di un processo che prende corpo soprattutto nella pratica.

A questo sembrano tendere le lettere aggiunte, rispetto al testo precedente che parlano di miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute umana'[405].

Inoltre, il parlare di miglioramento della sanità pubblica, sembrerebbe intendere un'azione positiva dell'Unione, non limitata, secondo il principio di proporzionalità, al raggiungimento dell'obiettivo, con i soli strumenti necessari e sufficienti.

Di fatti, questo obbligo di 'mainstreaming' della tutela della salute in tutte le politiche dell'Unione viene definito da Hervey e McHale come 'this confers upon the Commision – and, specifically, DG SANCO – a responsability to ensure that this is the case, implying a duty to conduct health impact assessments of EU policies'[406].

Nonostante ciò, bisogna ridimensionare la portata di questa novità, spiegandola, considerando anche altri avvenimenti.

Innanzitutto bisogna dire che l'azione dell'Unione, come si diceva anche nella versione precedente dell'articolo completa solamente quella degli Stati membri e le previsioni che aumentano la portata dell'area in cui l'azione dell'UE può essere diretta sono, anch'esse, frutto di avvenimenti legati alla realtà, già citati, peraltro, per cui l'allargamento è il frutto di un'insorgenza nata dalla realtà sociale che ha, poi, richiesto l'intervento dell'Unione.

Per capire di cosa si tratta, si ritorni a quando si diceva dell'intervento comunitario, in materia di politica comune sull'agricoltura, circa i test obbligatori da compiere sui prodotti di origine animale e sulla loro carne, ovvero, ad esempio, al caso specifico che riguardava la carne dei bovini, e, ancora meglio, di quelli provenienti dal Regno Unito, ove si paventava il rischio di un collegamento tra la encefalopatia spongiforme bovina[407] e la malattia chiamata 'Creutzfeldt-Jakob'.

La crisi che ne seguì richiese l'intervento dell'UE poiché la carne fu poi messa, logicamente, in commercio nel mercato interno, attentando alla salute di molte persone.

Essa adottò una Decisione[408] che vietava l'esportazione di tali prodotti rischiosi, ed essa venne poi contestata dal Regno Unito[409]poiché riteneva che la stessa esulasse dalle competenze della stessa.

---

[405] Art. 129 TUE, I comma.

[406] M. MCKEE T. HERVEY A. GILMORE, *Public health policies*, p. 236 e ss. in E. MOSSIALOS G. PERMANAND R. BAETEN T. HERVEY, *Health Systems Governance in Europe: the Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

[407] Sarebbe la malattia comunemente chiamata 'mucca pazza'.

[408] Decisione della Commissione 27 marzo 1996, Decisione n. 96/239/CE.

[409] Si tratta del caso *Regno Unito V. Commissione*, C-180/96.

Senza indugiare in merito alla sentenza della Corte, e ricollegandosi a quanto si diceva, appare chiaro come, nell'incertezza delle competenze, era necessario codificare delle competenze dell'Unione, in particolare, se riguardano questioni di sanità pubblica di portata generale.

Come si vede, l'Unione ha sì raggiunto un chiaro allargamento delle competenze espressamente previste rispetto a prima, in particolare viene prevista esplicitamente la materia della sanità pubblica, sulla quale le sue politiche, anche indirettamente, da tempo orami producevano effetti, però esse risultano, spesso, come codificazione di tali avvenimenti precedenti, limitando in parte, quindi la portata innovativa di tali modifiche.

Però, come si diceva, non bisogna sopravvalutare queste previsioni, di fatti leggendo congiuntamente i commi II e V dell'art. 129 TCE si evince chiaramente quanto si sta dicendo.

Il II comma proprio disegna il ruolo dell'Unione, in particolare esso è tratteggiato nella previsione che essa interviene solamente per completare l'azione degli Stati, in particolare se si tratta di cooperazione tra essi.

Il V comma è ancora più esplicito prevedendo che 'l'azione comunitaria nel settore della sanità pubblica rispetta appieno le competenze degli Stati membri in materia di organizzazione e fornitura di servizi sanitari e assistenza medica'.

Per comprendere meglio si faccia riferimento a quanto si diceva in merito di definizione di salute come 'assistenza sanitaria'.

In quel caso veniva compiuto un parallelismo con gli Stati per tracciarne la figura, ebbene questi mantengono i poteri per quanto concerne la prestazione sanitaria e la modalità per l'erogazione di quest'ultima[410].

Si opera qui un'importante divisione tra 'assistenza sanitaria' e 'sanità pubblica' e si spiega, ora, il perché della volontà, in precedenza, di distinguere tra le due modalità nelle quali, anche gli studiosi, si può definire la tutela della salute nell'ordinamento europeo.

Sulla base di tale differenza si evince che l'UE sia competente, nei limiti, altresì, imposti dai Trattati, nella sanità pubblica, mentre invece, per quanto concerne l'assistenza sanitaria, dunque il volto sociale del diritto alla salute, almeno per come in precedenza è stato visto, gli Stati, sulla base di scelte autonome, continuano ad essere responsabili e competenti.

'Article 152(4)[411]sets out the procedure by which the EU institutions may act in the health field, and delimits the types of measures that may be enacted'[412].

[410] Ogni Stato nell'organizzare il proprio sistema sanitario dispone di ingenti risorse, che corrispondono ad un'importante parte del PIL di ognuno, perciò sulla base di ciò si ben spiegare perché, nonostante le riforme gli Stati siano stati restii ad attribuire tale competenza all'Unione.

[411] Sarebbe la nuova numerazione dell'articolo 129 TCE.

[412] M. MCKEE T. HERVEY A. GILMORE, *op. ult. cit.*, p. 237.

Come appena riportato, e visibile anche dalla lettura del testo modificato dell'art. 129 TCE, il IV comma prevede che tipi di misure possono essere emanate dall'UE, vale a dire che competenze, in sostanza, siano riconosciute a queste.

Prima di vedere a quali settori si rivolga l'azione dell'UE si dica un elemento molto importante, introdotto, interamente, con il Trattato di Amsterdam.
Nel testo riportato, modificato successivamente solo perché rinumerati gli articoli, è previsto che il Consiglio deliberi seguendo la procedura di cui all'art. 189B che poi sarà l'art. 251 TFUE, il quale prevede, ed è stato visto, la nuova procedura legislativa in cui partecipa con un ruolo più centrale il Parlamento Europeo.
Si tratta, quindi, di una procedura per 'democratizzare' le misure che possono essere emanate da parte dell'UE, e ciò non è di poco conto se si tiene a mente che, nella generalità del complesso amministrativo europeo, l'unico organo che viene direttamente eletto dai cittadini europei è proprio il Parlamento Europeo[413].
Il resto dei componenti, le agenzie, ad esempio, che sono state citate, come la DG SANGO, o altri organi, come la Commissione, che riveste un ruolo primario[414], non sono costituite con il voto dei cittadini, né sono eletti in altrettanta maniera i suoi componenti.
La previsione di una 'democratizzazione' del procedimento di delibera in materia di sanità pubblica costituisce, o costituirebbe, quindi il volto di un'Unione dei popoli e non solo di mercato.

Detto ciò si vedano dunque le competenze specifiche che il IV comma prevede, e che sono, tuttavia, già puntuali, e lo si faccia, innanzitutto distinguendo fra i tipi di misure che possono essere emanate da parte dell'UE.
La lett. *c)* parla ad esempio di 'misure d'incentivazione', e queste sembrano costituire, ad esempio, la base giuridica per l'azione delle istituzioni, volta comunque alla tutela della salute pubblica, che si sostanzino in dei programmi, come ve ne sono vari a livello di Unione in materia di tutela della salute.
A ciò si aggiunga anche il II capoverso che parlando di raccomandazioni sembrerebbe fare riferimento, comprendendo nel suo scopo anche i fini degli altri due punti, ai fatti storici che sono stati citati in precedenza. L'esempio era quello della carne bovina di origine inglese, l'incertezza nelle competenze aveva permesso l'impugnazione della Decisione della Commissione di fronte alla Corte.
Questa previsione sembrerebbe legittimare tali tipi di azione da parte dell'UE, questa volta.
Sulla stessa scia anche gli altri due punti, di cui la lett. *a)*, in particolare, è molto rilevante.
La lett. *b)* non sembrerebbe aggiungere molto alle competenze, nel senso materiale, poiché si tratta di competenze in settori che già sono investiti dal diritto comunitario, ed occorre menzionare, a riguardo, gli interventi nella politica comune sull'agricoltura.

[413] L'elezione del Parlamento Europeo è stata resa a suffragio universale dal 20 settembre 1976.
[414] Il riferimento è all'art. 114 TFUE, III comma.

La lett. *a)*, invece, ha un contenuto nuovo, ed anch'esso legato alle vicende (scandali) sociali a cui occorre far fronte.

Tra la fine degli anni 80 e l'inizio degli anni 90 furono registrati in Europa molti casi di sangue infetto, che portò, coloro che ricevettero trasfusioni, in particolare, a contrarre il virus HIV, che determina la malattia AIDS.

La necessità di arginare i rischi, e rimuoverli, costrinse l'intervento più forte dell'UE, la quale si vide, poi legittimata, ad intervenire, grazie a tali pressioni.

Questo è, altresì, un caso in cui si vede chiaramente il modo in cui operi il principio di sussidiarietà, poiché, se si prende il V comma, il II capoverso, si legge che tali misure 'non pregiudicano le disposizioni nazionali sulla donazione e l'impiego medico di organi e sangue'.

La distinzione con le competenze statali in materia di organizzazione ed erogazione delle prestazioni sanitarie è ben chiara dopo la riforma del Trattato di Amsterdam.

Inoltre la lett. *a)* appena citata sembrerebbe essere rilevante anche per un altro motivo, di fatti, 'it may also be relevant that an embryonic 'market' in human blood, organs and other substances is emerging in the EU. Using ordinary internal market law to regulate this 'market' is politically and ethically sensitive in many Member States, as these substances are neither conceptualized as 'goods' nor the object of ordinary commerce or consumption'[415].

Quello che si può aggiungere al testo riportato è che tale disposizione sembrerebbe proporsi come legittimazione ad intervenire, da parte dell'UE, escludendo l'applicazione, tuttavia, delle regole, e dei principi, che compongono la legislazione del mercato interno, e cercando, dunque, di prediligere la tutela della salute rispetto alla libera circolazione ed alla concorrenza[416].

Questa disposizione segna, più marcatamente delle altre, con le quali fonda una prima disciplina codificata in materi di sanità pubblica, una apertura sociale dell'Unione, non si può ancora parlare di un vero e proprio modello social europeo o di *welfare*, ma si devono unire le disposizioni, qui anche riportate, per trovare la base per percorrere la strada sociale che affianchi quella economica.

Non solo questo articolo, si diceva della cittadinanza, della sua apertura, si diceva dei principi inseriti nel nuovo testo dell'art. 6 TUE, si vedranno altri elementi nel proseguo, e tutti potrebbero comporre un'Europa più sociale, basata sui principi di eguaglianza e solidarietà, soprattutto, che sono alla base del diritto alla salute, universalmente inteso, e che possono indicare il percorso alternativo agli obiettivi economici, in gran parte soddisfatti successivamente all'intenzione, condivisa dagli Stati membri, di raggiungerli, come fu ad esempio la creazione del mercato interno.

[415] M. MCKEE T. HERVEY A. GILMORE, *op. ult. cit.*, p. 238.

[416] Se si torna al testo di Sandulli in cui si vedeva il passaggio modificativo che ha subito lo Stato, da Stato di benessere a mero controllore del mercato, si vede che tale disposizione, appena esaminata, va, in parte, contro il principio per il quale al mercato debbano essere attribuito il controllo e la risposta alle istanze di benessere sociale.

2.3.5 Il nuovo Millennio

Trascorsero 10 anni fra il Trattato di Amsterdam ed quello di Lisbona, che sono, per i fini qui preposti, i più significativi, in senso di cambiamenti circa la tutela della salute.

Fra i due, tuttavia, non vi fu un momento di vuoto legislativo, anzi, vi furono numerose azioni che vennero compiute, oltre al Trattato di Nizza emanato proprio all'alba del nuovo Millennio.

Tra queste azioni appena dette, molte riguardano il diritto secondario dell'Unione, dunque, Regolamenti e Direttive, principalmente, e se ne dirà a breve in merito all'analisi della disciplina *stricto sensu* nell'ordinamento dell'Unione Europea, vedendo anche le innovazioni, ed il ruolo, della Corte di Giustizia, perché, come detto più volte, spesso le codificazioni di regole avvengono successivamente ad approdi, consolidati, giurisprudenziali della stessa Corte.

Ci si ricolleghi, per completare questo discorso alle ultime lettere del paragrafo precedente, nel quale si auspicava al perseguimento di una strada più sociale dell'Unione.

Questa intenzione non è completamente disattesa se prendono in considerazione i primi avvenimenti del nuovo Millennio.

Oltre al Trattato di Nizza va menzionata la 'Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea', di cui già si era fatto un cenno in merito alla sua innovazione in tema di tutela della salute.

La prima firma della Carta avvenne il 7 dicembre 2000 a Nizza, ed essa firma venne compiuta dai presidenti della Commissione, del Parlamento Europeo e del Consiglio nel Consiglio Europeo.

Il Trattato di Nizza invece venne firmato, nell'omonima città, il 23 febbraio 2001, e segnava la volontà di ultimare, ancor di più, i meccanismi messi in piedi con i due Trattati precedenti appena visti.

In particolare, come i due Trattati, di fatti, e nello specifico quello di Amsterdam, si voleva preparare l'Unione a sostenere l'adesione di nuovi Stati membri, perciò le maggiori modifiche riguardavano l'assetto istituzionale dell'Unione.

Del Trattato di Amsterdam, infatti, venne detta l'innovazione in seno al Parlamento ed alla procedura legislativa, ed il Trattato di Nizza si sperava che proseguisse tali modifiche.

Ed in effetti è ciò che esso Trattato fece, nel senso che molte delle riforme apportate riguardavano principalmente gli equilibri istituzionali.

In particolare, e si dica ciò in maniera molto sintetica, in quanto non oggetto dello studio, le modifiche investivano innanzitutto, e principalmente, il Consiglio e la sua procedura legislativa, nonostante per le stesse il Parlamento Europeo manifestasse ancora delle criticità[417].

Anche lo stesso Parlamento Europeo fu destinatario di modifiche sulla sua composizione, proprio per essere pronto ad accogliere i nuovi membri rappresentanti dei nuovi Paesi.

[417] Per approfondimenti si veda *Risoluzione del Parlamento europeo sul trattato di Nizza e il futuro dell'Unione europea*, Giovedì 31 maggio 2001 – Bruxelles.

Infine l'apparato giudiziario venne modificato, ma anche qui il Parlamento Europeo continuò a rilevare delle criticità[418] che, nello specifico, erano, ancora, la manifestazione della mancante legittimazione democratica di alcuni organi fondamentali dell'ordinamento europeo.
Tenendo ancora a mente le criticità rilevate dal Parlamento ve ne è una di particolare rilevanza, che concerne proprio la Carta adottata a Nizza poco tempo prima.
Esso si espresse come segue:

"Il Parlamento europeo,

- vista la sua risoluzione del 16 marzo 2000 sull'elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

1. propone, conformemente alla posizione da esso sostenuta all'inizio dei lavori della Convenzione, che il Consiglio europeo, nella sua riunione di Biarrittz, chieda alla Conferenza intergovernativa di esaminare il testo della Carta adottato dalla Convenzione e le vie di una sua integrazione nel Trattato in vista di una decisione in occasione del Consiglio europeo di Nizza;

2. incarica la sua Presidente di trasmettere la presente risoluzione al Consiglio, ai governi e ai parlamenti degli Stati membri, alla Commissione, alla Convenzione e alle altre istituzioni comunitarie"[419].

La Carta, come già anticipato, verrà inserita nei Trattati solamente dopo il Trattato di Lisbona (2007), per cui nei primi anni dopo la sua adozione essa rimane uno strumento molto utile, al quale il vecchio testo dell'art. 6 TUE dedicava attenzione indirettamente, però che ancora non poteva spiegare i suoi effetti in maniera completa, in particolare non poteva includere, e attuarsi, su tutti i cittadini.
Il Parlamento Europeo, di fatti, una volta manifestata l'intenzione di includere tale Carta subito nei Trattati, si espresse, nella Risoluzione successiva al Trattato di Nizza, dicendo che 'ribadisce la sua richiesta che la Carta sia integrata in modo giuridicamente vincolante nei trattati al fine di garantire pienamente i diritti di ogni persona, e invita le istituzioni dell'Unione ad applicare fin d'ora nelle loro attività i diritti e le libertà riconosciuti nella Carta'[420].
Sulla base di quanto si è appena detto, dunque, si vede come la strada verso un'Europa che pareggi la sua inclinazione economica/finanziaria sia rallentata.
I rallentamenti sono anche visibili prendendo in considerazione i fallimenti dei *Referendum* avvenuti in Olanda e Francia tra il 2004 e 2005 per accettare l'emanazione di una Costituzione Europea.

La vicinanza dei popoli dell'Unione sembrerebbe minata, toccando, con questi avvenimenti, forse, i punti più bassi del processo d'integrazione, che attende ancora una solida, e solidale, Unione dei popoli.

---

[418] *Ibid.*
[419] *Risoluzione del Parlamento europeo sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,* Martedì 3 ottobre 2000 – Strasburgo.
[420] *Risoluzione del Parlamento europeo sul trattato di Nizza e il futuro dell'Unione europea,* Giovedì 31 maggio 2001 – Bruxelles, numero 9).

2.4 Da Lisbona ad oggi

Le difficoltà successive al Trattato di Nizza, esplose con i voti negativi dei *Referendum* costituzionali in Olanda e Francia, hanno portato ad un nuovo Trattato, firmato a Lisbona, nel quale l'intenzione era quella di 'set out what the Union was, what it did and how it did in a manner that was both more visible and easier to understand'[421].

A tal fine la riforma di Lisbona investiva entrambi i Trattati esistenti in quel momento, il TUE ed il Trattato che istituisce la Comunità Europea, il vecchio Trattato di Roma.

I due nuovi Trattati che risultano modificati dall'azione riformatrice sono, ancora, il TUE ed il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Ad essi è riconosciuto lo stesso valore giuridico e costituiscono la base dell'ordinamento europeo, il diritto primario, attuale, del diritto dell'UE, ed hanno degli obiettivi ben differenziati in tal caso.

Il TUE principalmente definiva *a)* la missione ed i principi che governano l'UE; *b)* composizione delle Istituzioni europee e la loro funzione principale[422]; *c)* alcune politiche rilevanti per l'Unione, come la politica estera; *d)* modalità di revisione dei Trattati[423]: *e)* indicazioni in merito alla personalità giuridica dell'Unione; *f)* la disciplina dei casi nei quali è legittimato l'intervento dell'UE in luogo degli Stati membri[424].

Invece il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea disciplina più nello specifico le regole intrinseche, ed essenziali, dell'UE, in particolare le competenze e le modalità di esercizio delle stesse, che si vedranno a breve nello specifico, e che vanno dalle competenze esclusive a quelle condivise, si va tra le altre, ad esempio, dalle regole che governano il mercato interno, alla disciplina, come interessa in questo caso, della sanità pubblica.

Il nuovo Trattato, dopo mesi necessari alla stesura di una bozza, che in buona parte cercava di riprendere il contenuto della riforma costituzionale di pochi anni prima, venne firmato a Lisbona, dai capi di Stato il 13 dicembre 2007, entrando in vigore, però, il 1 dicembre 2009.

Prima di procedere allo studio dei contenuti propri del Trattato che interessano lo scopo di questa ricerca, si faccia una breve illustrazione dei punti, oltre che innovativi, anche in linea con il percorso dei Trattati precedenti, ed in particolare si veda, come anticipato in apertura, la modalità attraverso la quale l'Unione intende definire la sua natura, non solo giuridica, bensì anche politica.

---

[421] D .CHALMERS G. DAVIES. G. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 32.

[422] Queste regole sono poi spiegate più nello specifico nel TFUE.

[423] In questa serie di regole è anche incluso l'art. 50 TUE che è disciplina la possibilità per gli Stati membri di recedere dall'Unione, come ha di recente fatto il Regno Unito.

[424] Art. 5 Tue disciplina i principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Di fatti, come i Trattati precedenti avevano fatto, anche con quest'ultimo s'intende incidere nell'assetto istituzionale dell'UE, così da continuare quel percorso di democratizzazione dell'Unione cominciato con Amsterdam e proseguito con Nizza.

Nello specifico, viene di nuovo rivista la procedura legislativa ordinaria, disciplinata all'art. 294 TFUE (*ex* art. 251 TCE), la quale, cercando di soddisfare anche le criticità rilevate, e qui riportate, dal Parlamento Europeo, voleva porre proprio questo in un ruolo ancor più centrale e rilevante di un processo, vitale, dell'UE, quale quello legislativo.

Inoltre, la procedura legislativa sarà anche quella che sarà applicata in caso di misure concernenti la sanità pubblica.

Infine, la modalità di delibera a maggioranza qualificata viene prevista per molti altri settori, rendendo il voto all'unanimità, invece, una modalità alternativa e molto meno usata rispetto al passato.

Ciò è anche comprensibile poiché, riprendendo anche quanto si diceva circa il Trattato di Nizza e la sua intenzione di preparare l'Unione all'entrata di nuovi Stati membri, essi di fatto aderirono all'Unione, che al momento della ratifica del Trattato di Lisbona contava 27 Paesi, poi divenuti 28 con l'entrata della Croazia e di nuovo 27 con l'uscita del Regno Unito iniziata nel giugno 2016 e conclusasi il 31 gennaio 2020, data in cui esso Paese è ufficialmente receduto.

2.4.1. La ripartizione di competenze dell'Unione Europea e degli Stati membri

Si diceva che un settore nel quale il Trattato è intervenuto, ed ha avuto il merito di aver compiuto una divisione chiara, è quello delle competenze, delle quali si è già accennato, nelle pagine precedenti, qualche aspetto.

La Parte Prima del TFUE riguarda i principi dell'Unione ed il Titolo I, nello specifico, la divisione di competenze, ed esso apre con l'art. 2 TFUE che pone la distinzione basilare tra 'competenze esclusive', dell'Unione, e 'competenze concorrenti', le quali sono attribuite ad entrambi gli attori dell'ordinamento.

Invece per quelle esclusive degli Stati membri bisogna tornare all'art. 5 TUE che stabilisce che 'In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri'[425].

L'art. 2 TFUE prevede che 'quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione. Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti

[425] Art. 5 TUE, II comma.

in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria'[426].

Le competenze, ora, occorre invece vederle, ed esse sono previste agli artt. 3 e 4 TFUE.

Il primo dei due recita:

"L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori:

a) unione doganale;

b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno;

c) politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro;

d) conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca;

e) politica commerciale comune.

L'Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata"[427].

L'art. 4 TFUE invece è composto dal seguente testo:

"L'Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri quando i trattati le attribuiscono una competenza che non rientra nei settori di cui agli articoli 3 e 6.

L'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori:

a) mercato interno;

b) politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato;

c) coesione economica, sociale e territoriale;

d) agricoltura e pesca, tranne la conservazione delle risorse biologiche del mare;

e) ambiente;

f) protezione dei consumatori;

g) trasporti;

h) reti transeuropee;

i) energia;

[426] Art. 2 TFUE, I – II comma.
[427] Art. 3 TFUE.

j) spazio di libertà, sicurezza e giustizia;

k) problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato.

Nei settori della ricerca, dello sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione ha competenza per condurre azioni, in particolare la definizione e l'attuazione di programmi, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro.

Nei settori della cooperazione allo sviluppo e dell'aiuto umanitario, l'Unione ha competenza per condurre azioni e una politica comune, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro".

A quanto appena detto, nondimeno, vanno aggiunte altre previsioni, così da completare l'esposizione delle competenze, al fine di tracciare la linea che demarchi la competenza in materia di tutela della salute.

L'art. 2 TFUE, nei commi successivi a quelli appena riportati, recita:

"In taluni settori e alle condizioni previste dai trattati, l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza in tali settori.

Gli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione adottati in base a disposizioni dei trattati relative a tali settori non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

La portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione sono determinate dalle disposizioni dei trattati relative a ciascun settore"[428].

Questa disposizione è da leggere congiuntamente alla lettera *k)* dell'art. 4 TFUE già visto, ed anche l'art. 6 TFUE che invece stabilisce:

"L'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri.

I settori di tali azioni, nella loro finalità europea, sono i seguenti:

a) tutela e miglioramento della salute umana;

b) industria;

c) cultura;

d) turismo;

e) istruzione, formazione professionale, gioventù e sport

f) protezione civile;

[428] Art. 2 TFUE, V – VI comma, mancano, alla trattazione, i commi III e IV che concernono, il primo la previsione che 'gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche ed occupazionali secondo le modalità previste dal presente trattato, la definizione delle quali è di competenza dell'Unione'; mentre il secondo che 'l'Unione ha competenza […] per definire e attuare una politica estera e di sicurezza comune, compresa la definizione progressiva di una politica di difesa comune'.

g) cooperazione amministrativa".

Dalla lettura di queste ultime disposizione, alle quali si aggiunge la lett. *k)* dell'art. 4 TFUE, si può estrapolare la conclusione per la quale 'l'Unione Europea in ambito sanitario esercita una competenza "di sostegno", ossia svolge azioni volte a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri'[429].
Ciò porta alla conclusione per cui l'Unione non ha una competenza tale che la legittimi ad adottare delle azioni, o delle politiche, che siano centralizzate, e dalla portata tale per cui essa costituisce una generale fonte del diritto alla salute dei cittadini.
Inoltre, a tal riguardo, occorre proseguire lo studio della disciplina delle sue competenze per poter comprendere meglio.
Quanto si è appena detto risulta la cornice perfetta, e coerente, di quanto è più specificatamente disciplinato nell'art. 168 TFUE, che, a seguito della riforma del Trattato di Lisbona, costituisce la versione consolidata dell'art. 129 TCE visto in precedenza.

Il nuovo testo dell'art. 168 TFUE post-Lisbona recita:

"Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana. L'azione dell'Unione, che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale. Tale azione comprende la lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro prevenzione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria, nonché la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero. L'Unione completa l'azione degli Stati membri volta a ridurre gli effetti nocivi per la salute umana derivanti dall'uso di stupefacenti, comprese l'informazione e la prevenzione.

L'Unione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri nei settori di cui al presente articolo e, ove necessario, appoggia la loro azione. In particolare incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri per migliorare la complementarietà dei loro servizi sanitari nelle regioni di frontiera. Gli Stati membri coordinano tra loro, in collegamento con la Commissione, le rispettive politiche ed i rispettivi programmi nei settori di cui al paragrafo 1. La Commissione può prendere, in stretto contatto con gli Stati membri, ogni iniziativa utile a promuovere detto coordinamento, in particolare iniziative finalizzate alla definizione di orientamenti e indicatori, all'organizzazione di scambi delle migliori pratiche e alla preparazione di elementi necessari per il controllo e la valutazione periodici. Il Parlamento europeo è pienamente informato.

L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e con le organizzazioni internazionali competenti in materia di sanità pubblica.

In deroga all'articolo 2, paragrafo 5, e all'articolo 6, lettera a), e in conformità dell'articolo 4, paragrafo 2, lettera k), il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del

[429] A. NATO, *Il diritto alla salute dei cittadini dell'Unione e l'assistenza sanitaria transfrontaliera: recenti sviluppi*, p. 573-573, in E. TRIGGIANI U. VILLANI (diretta da), *Studi sull'integrazione europea*, n. 2-3, anno XI, Bari, Cacucci Editore, 2016.

Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, contribuiscono alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo, adottando, per affrontare i problemi comuni di sicurezza:

a) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; tali misure non ostano a che gli Stati membri mantengano o introducano misure protettive più rigorose;

b) misure nei settori veterinario e fitosanitario il cui obiettivo primario sia la protezione della sanità pubblica;

c) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, possono anche adottare misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, in particolare per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, e misure il cui obiettivo diretto sia la protezione della sanità pubblica in relazione al tabacco e all'abuso di alcol, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

Il Consiglio, su proposta della Commissione, può altresì adottare raccomandazioni per i fini stabiliti dal presente articolo.

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. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate. Le misure di cui al paragrafo 4, lettera a) non pregiudicano le disposizioni nazionali sulla donazione e l'impiego medico di organi e sangue”.

Questo nuovo testo dell’art. 168 TFUE non stravolge, come appare chiaro, la versione precedente, nonostante delimiti con sempre più chiarezza la competenza dell’UE in merito alla sanità pubblica, la quale, leggendo attentamente, risulta cosa ben distinta dall’altra definizione di salute che si è data nelle prime pagine, che riguarda, invece, l’assistenza sanitaria.

Non stravolgendo le competenze rispetto alla versione precedente non s’abbisogna di rientrare nelle profondità della spiegazione, bensì occorre svolgere, ad ogni modo delle puntualizzazioni.

Innanzitutto va detto che il filo che lega tale disposizione, specifica circa la tutela della salute, sotto forma di (politica sulla) sanità pubblica, con i primi articoli sopra riportati è ben definito.

Il collegamento più esplicito è compiuto nel IV comma[430], il quale richiama, nell’elencare le azioni che possono essere attuate dall’Unione, proprio alle disposizioni che disciplinano le competenze, e la loro ripartizione tra Stati membri e UE.

Un ulteriore collegamento è visibile anche in altri paragrafi dell’articolo, dove è ribadito che l’UE completa solamente l’azione degli Stati, e che comunque, ‘rispetta le responsabilità degli Stati membri per la

[430] ‘In deroga all'articolo 2, paragrafo 5, e all'articolo 6, lettera a), e in conformità dell'articolo 4, paragrafo 2, lettera k)’.

definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica'[431].

Proprio quest'ultimo comma segna una linea importante nella divisione delle competenze, e nel definire il ruolo, in merito alla tutela della salute, che riveste l'UE.

Le sue azioni possono essere indirizzate solamente verso le aree che sono puntualmente individuate, per tutte le altre vi è una concorrenza nella titolarità della gestione, limitata, ancor di più, dalla previsione che l'azione dell'UE completi, solamente, l'azione degli Stati.

Proprio a tal riguardo però, forse anche memori dei trascorsi[432] che hanno, alla fine, indotto gli Stati, ed i loro vertici, ad assegnare delle competenze in maniera esplicita all'UE[433], in quanto meglio posizionata, ed attrezzata, per la lotta alle emergenze, si può leggere una certa apertura verso un ruolo più marcato dell'Unione, con tutti limiti, tuttavia, appena esposti, in materia di sanità pubblica.

Il I comma, d'altronde, potrebbe essere letto con questa accezione di leggera apertura. Esso differisce dal testo precedente, riferito allo stesso comma, in quanto contiene un nota in più, vale a dire: "nonché la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero"[434].

Si potrebbe, dunque, leggere tale inciso, aggiunto al testo del I comma, come una possibilità maggiore dell'Unione a poter intervenire, anche se previsto che essa azione debba essere dispiegata a completare, ad ogni modo, l'azione degli Stati membri.

La lettura però, orientata verso una possibile attribuzione di competenza, implicita, viene supportata se preso in considerazione l'art. 5 TUE, che stabilisce i principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Essendo il carattere della minaccia di natura transfrontaliera, ben si potrebbe ravvisare la legittimazione dell'Unione ad intervenire, non solo a completare l'azione degli Stati, che ad ogni modo rimarranno titolari della possibilità di organizzare il proprio sistema sanitario, e la rispettiva offerta di prestazioni, bensì anche a sostituirla nella misura in cui essa offerta non sia sufficiente.

Inoltre, questa lettura, fin qui legata a minuzie interpretative, trova la sua corrispondenza nel comma V, completamente aggiunto rispetto al testo precedente e che prevede la competenza del Parlamento Europeo e del Consiglio di 'adottare misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, in particolare per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero'[435].

L'esclusione della possibilità di armonizzare le legislazioni nazionali in materia corrisponde, ancora, alla volontà, o riluttanza, degli Stati a cedere la loro sovranità in tale settore.

---

[431] Art. 168 TFUE, VII comma.

[432] Il riferimento che si intende è, ad esempio, alle grandi crisi degli anni 80 e 90 che hanno richiesto un intervento *in extremis* dell'Unione per fronteggiare la crisi.

[433] Dunque qui ci si riferisce, invece, al Trattato di Amsterdam, in particolare, che elenca delle aree di competenza, frutto delle azioni pratiche nel passato, e dell'evoluzione giurisprudenziale.

[434] Art. 168 TFUE, I comma.

[435] Art. 168 TFUE, V comma.

Dunque la competenza risulta, formalmente, concorrente tra UE e Stati membri, in particolare per quanto concerne 'i problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica'[436], mentre invece, essa competenza s'intende prevista di supporto, all'azione degli Stati, per quanto concerne la 'tutela e miglioramento della salute umana'[437].

Sulla base di ciò si può quindi compiere un'ulteriore differenziazione, per finalità d'economia della spiegazione, ricollegando anche, quanto si sta per dire, con la possibile lettura di apertura dell'art. 168 TFUE.

Si potrebbe sostenere che l'azione concorrente, più adatta al principio di sussidiarietà, sia volta a compiere azioni di contenimento e protezione della salute umana, e ciò si evince quando si leggono le disposizioni che recitano di 'problemi' [438] o 'lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero'[439].

Invece l'azione volta a sostenere e completare quella degli Stati sembra più orientata, anche, verso l'adozione di misure che, intese in senso 'positivo', rendano lo stato della salute umana, 'fisica e mentale'[440], migliore.

Quanto appena detto è sostenuto, altresì, dalla lettura dell'art. 6 TFUE con il I comma dell'art. 168 TFUE, in quanto entrambi, oltre a prevedere che l'azione dell'Unione completi quella degli Stati, includono espressamente il termine 'miglioramento' che allude sia ad un'azione 'positiva' da parte dell'autorità, sia ad un'idea di politica sanitaria di base all'azione, politiche che però il comma VII stabilisce essere nelle mani degli Stati e che l'Unione la rispetti, creando un'ulteriore linea nella divisione di competenze che costituisce un limite netto per l'UE.

Quindi, volendo cercare di analizzare ancor meglio tutto ciò, l'azione concorrente, intesa come volta a compiere azioni che riducano i rischi che potrebbero affliggere la sanità pubblica, e la salute umana, sembrerebbe porsi come più congeniale ad un ampliamento, ipotetico per ora, delle azioni e competenze dell'Unione, poiché, grazie ai principi di cui all'art. 5 TUE, essa sarebbe meno vincolata dal rispetto di limiti che, invece, quella di cui all'art. 6 TFUE, letto congiuntamente al I comma dell'art. 168 TFUE incontrerebbe[441].

Ma ancora questa visione non è la maggiore o la più accreditata e nonostante l'impegno nel compiere una catalogazione delle competenze divise tra UE e Stati, la prima, quando si tratta di sanità pubblica non è

[436] Art. 4 TFUE, II comma, lett. *k).*
[437] Art. 6 TFUE.
[438] Art. 4 TFUE, II comma, lett. *k).*.
[439] Art. 168 TFUE, V comma.
[440] Art. 168 TFUE, I comma.
[441] Gli stessi sono ben previsti dallo stesso I comma, oltre agli altri, nel ribadire che essa azione completa solamente quella degli Stati membri, nell'altro caso, circa il regime concorrenziale delle competenze, l'azione dell'Unione incontra dei limiti, stringenti, ma non allo stesso modo, poiché rispettando i principi di sussidiarietà e proporzionalità essa risulterebbe legittima.

riconosciuta di avere competenze, come si diceva inizialmente, adatte a sostenere una sua azione, o politica, che la veda, tranne i casi espressamente previsti, come titolare esclusiva.

Questo tentativo di proporre una possibile legittimazione, più ampia, dell'azione dell'Unione per quanto riguarda la protezione della sanità pubblica viene limitato da altre fonti del diritto alla salute nell'ordinamento europeo e che, con il Trattato di Lisbona, hanno ottenuto un peso maggiore.

2.4.2 Altre modifiche del Trattato di Lisbona

Il riferimento a quanto si sta per dire è già stato compiuto, ora occorre riprenderlo così da includerlo nella logica del discorso che si stava compiendo.

Un'altra novità importante del Trattato di Lisbona, in merito alla tutela della salute, corrisponde a quel fenomeno del 'mainstreaming'[442] di cui si era già accennato.

Esso si basa alcune previsioni, la prima è l'art. 168 TFUE il quale stabilisce che 'nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana'[443].

Però ciò viene ripreso da una nuova disposizione, l'art. 9 TFUE, dove viene stabilito che 'nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana'.

Se si vuole, infine, anche l'art. 114, che qui è stato menzionato quando inizialmente fu inserito con la numerazione che lo vedeva come art. 100A (poi 95) TCE, prevede che 'la Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici'[444].

Tuttavia, questo fenomeno del 'mainstreaming' viene esasperato da una nuova previsione, molto importante, ed è l'art. 6 TUE[445], che modifica il precedente art. 6 TUE.

In esso viene stabilito che l'Unione riconosce la Carta dei Diritti Fondamentali come avente lo stesso valore giuridico dei Trattati, e dunque le liberà e diritti ivi inclusi si affiancano, di valore, a quelli previsti nei Trattati.

---

[442] T. K HERVEY J. V. MCHALE, *op. ult. cit.*

[443] Art. 168 TFUE, I comma.

[444] Art 114 TFUE, III comma. Esso poi conclude stabilendo che lo stesso obiettivo sia perseguito, altresì, da Consiglio e Parlamento Europeo, che sono i legislatore, ad esempio, di tutte le misure attuabili sulla base dell'art. 168 TFUE.

[445] Inoltre il II comma dell'art. 6 TUE prevede anche l'adesione dell'UE alla Convezione di diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa. Inoltre anche tali diritti e libertà della Convenzione fanno parte dei principi generali dell'ordinamento, andando a consolidare la visione giurisprudenziale che si era manifestata dagli anni 70 (si vedano i casi *Stauder* e *Nold*).

Dunque, sembrerebbe compiersi quel passaggio che si auspicava da Nizza, e sul quale il Parlamento Europeo faceva una certa pressione affinché si realizzasse.

Ciò nondimeno, come in precedenza si è visto, anche in questo caso la possibile apertura viene controbilanciata da alcune limitazioni precise nei confronti dell'UE.

Per capire ciò si riparta dalla stessa Carta, in particolare dall'art. 35 che si era visto riconoscere un diritto, principalmente, all'assistenza sanitaria in favore dei cittadini degli Stati, stabilendo, di fatti, che 'ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana'.

Del II comma si era parlato e si era presa la definizione di 'super-mainstreaming'[446] in questo caso operata dalla lettura, congiunta, dell'art. 6TUE, che riconosce alla Carta stesso valore giuridico dei Trattati, e di esso secondo comma.

Ancor di più, quindi, la tutela della salute diviene una garanzia e preoccupazione fondamentale dell'azione dell'UE.

Tuttavia, come si anticipava, esistono dei limiti importanti a queste aperture, di fatti, sembrerebbe, dalla lettura dell'art. 35 della Carta, e del suo I comma in particolare, che un diritto all'assistenza sanitaria sia entrato a far parte dell'ordinamento europeo, dove, fino a quel momento, le uniche disposizioni rilevanti in materia di tutela della salute sono quelle appena elencate, vale a dire art. 4 TFUE, II comma, lett. *k)*; l'art. 6 TFUE e l'art. 168 TFUE.

In nessuna di queste, che come si è visto sono anch'esse fortemente ridimensionate circa l'attribuire all'Unione una competenza esclusiva e di portata importante, vi è menzione di 'diritto all'assistenza sanitaria', anzi l'unico possibile riferimento è compiuto dal VII comma dell'art. 168 TFUE che s'impegna, invece, a riconoscere come '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'.

Dunque già qui si vede che tipo di conflitto si generi, o rischi, perlomeno, di crearsi.

Per chiarire, dunque, tali limiti vanno prese in considerazione due disposizioni, l'art. 51 della Carta dei Diritti Fondamentali e l'art. 6, di nuovo, TUE.

La prima di queste due recita:

"Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze.

[446] T. HERVEY, *op. ult. cit.,* v. nota 83.

La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati".

La seconda previsione menzionata invece prevede che 'le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati'[447].

Dunque l'apertura a cui si faceva menzione riguardava la possibilità di un diritto all'assistenza sanitaria incluso nel diritto europeo, o perlomeno codificato in esso.

Non pare tuttavia riconoscibile la sua esistenza da queste due ultime precisazioni, le quali escludono ogni possibile competenza dell'Unione in materia di assistenza sanitaria, andando dunque a limitare un possibile campo di regole d'applicazione da parte della stessa.

Ciò a cui si fa riferimento è il conflitto tra la disciplina, e le regole, del mercato interno, e quelle invece che fanno capo ad una (auspicabile) Unione Europea più sociale.

A ragion di ciò si riprenda quanto si diceva nelle pagine precedenti, inerenti a tale conflitto e tensione, per cui le regole sul mercato interno spesso sono servite all'UE per creare nuovi settori dello stesso che concretizzassero possibilità di libertà per i Cittadini.

Esse libertà, tuttavia, sono riconosciute anche dalla disciplina inerente alla cittadinanza dell'Unione, per cui non è sempre opportuno, o perlomeno non dovrebbe esserlo, di muovere le mosse dalle regole che formano la disciplina del mercato interno.

Il rischio in cui si potrebbe incappare è quello di rimaner attorcigliati in una visione 'mercantilistica' ed 'economicistica' che non corrisponde, sempre, ai termini, e parametri, da utilizzare se l'intervento, di liberalizzare, investe, anche indirettamente dei diritti sociali, come può essere l'assistenza sanitaria di cui sta parlando.

Occorre riprendere le parole degli autori quando stabilivano che 'using ordinary internal market law to regulate this 'market' is politically and ethically sensitive in many Member States, as these substances are neither conceptualized as 'goods' nor the object of ordinary commerce or consumption'[448].

I diritti sociali, così come la Carta dei Diritti Fondamentali stessa, rischiano di sovrapporsi e creare attriti con numerose visioni etiche, diverse in ogni Stato membro, che una visione di mercato non potrebbe sempre sostenere, evitare o sfumare.

Ciò è conseguente al fatto che l'Unione non ha delle competenze precise in materia di assistenza sanitaria, dunque, le uniche possibilità di muoversi e realizzare delle misure, sono contenute nelle regole inerenti al mercato interno, nonostante tutti i rischi che esistono a concedere a tale fascio di disciplina la formulazione di regole inerenti a diritti sociali, e fondamentali.

[447] Art. 6 TUE, I comma, secondo capoverso.
[448] M. MCKEE T. HERVEY A. GILMORE, *op. ult. cit.*, p. 238.

L'Unione, d'altronde, e ciò va precisato per concludere il discorso, ha una serie di regole che invece la rendono più sociale, come si è detto, la cittadinanza europea[449], ad esempio, costituisce un'importante fonte di diritti in capo ai cittadini, grazie alla generica, ma pregnante previsione che stabilisce:

"È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce.

I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati […]"[450].

Fino ad un'espressa previsione, o revisione dei Trattati, l'Unione è fortemente limitata nella sua azione circa la tutela della salute, come si è visto, sia che si tratti di 'sanità pubblica', sia di 'assistenza sanitaria', dove è quasi del tutto esclusa da possibilità d'azione.

Indubbiamente la sua azione mira al sostegno di quella degli Stati membri, salvo il caso non agisca, ai sensi dell'art. 114 TFUE, per adottare misure che abbiano ad oggetto l'instaurazione o il funzionamento del mercato, e quindi si rimanda ai rischi, qui paventati, di una cessione alle regole di mercato della tutela, soddisfazione e realizzazione dei diritti sociali e fondamentali, che hanno ottenuto un rango, altresì, più alto nel diritto europeo post-Lisbona, meritando, dunque, più tutela (sociale).

2.4.3. Evoluzioni del Patto di Stabilità e Crescita e della governance europea dell'economia

Negli stessi anni in cui veniva firmato, ed entrava in vigore, il Trattato di Lisbona, a livello globale scoppiava, e dilagava, una crisi finanziaria[451] che avrebbe investito, con i suoi terribili effetti, anche gli Stati europei e, di conseguenza, l'Unione Europea, determinando così l'adozione di alcune misure rilevanti per questo studio.

In particolare la crisi concerneva principalmente gli attori del sistema finanziario, e nello specifico gl'istituti bancari, e quelli europei, travolti da tale tsunami, non rimasero esclusi dagli effetti della crisi.

Per mantenere il sistema, ed evitare un collasso totale la crisi, alla fine, da finanziaria divenne sociale, nel senso che, visti brevemente i successivi passaggi per la gestione della stessa, le misure per il contenimento determinarono l'adozione di manovre dal contenuto sociale più che 'meramente' finanziario.

---

[449] A tal riguardo va menzionata una corrente dottrinaria che s'ispira alla cittadinanza europea per giustificare una possibile estensione dello scopo del diritto europeo. Si veda dunque, J. CROON – GESTEFELD, *Reverse* Solange*: Union citizenship as a detour on the route to european rights protection against national infringements*, p. 665 e ss., in D. KOCHENOV, *op. ult. cit.*; a riguardo potrebbe essere opportuno anche prendere visione di testi nei quali questa corrente dottrinale prende corpo A. VON BOGDANDY et al., *Reverse Solange - Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, Vol. 49 n. 2, p. 489-519, Alphen aan den Rijn, Kluwer Academic Publisher, 2012; ed ancora si veda D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy: the centrality of conflict in the European Union and the United States*, in J. DUNOFF J. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law & global government*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

[450] Art. 20 TFUE, I – II comma.

[451] Il riferimento è alla crisi finanziaria esplosa definitivamente nel 2008 con il fallimento della banca americana Lehman Brothers che investì successivamente il sistema finanziario globale.

Tutto ciò rischiava di porre a rischio la stabilità finanziaria ed economica dell'eurozona, poiché, investendo la crisi molti degl'istituti di credito degli Stati membri essi, in caso di perdite che si ripercuotevano sugli stessi Stati, avrebbero determinato una serie di effetti negativi concatenati che potevano minare la stabilità degli Stati e dell'eurozona, appunto.

Tutto ciò si ricollega alle misure prese tra il Trattato di Maastricht e quello di Amsterdam, in particolare al Trattato di Maastricht, alle sue disposizioni per la stabilità economica e finanziaria dell'Unione e della creazione di un'unità monetaria.

Essi obiettivi, posti dal Trattato, avevano determinato la firma del Patto di Stabilità e Crescita nel 1997 che, per l'appunto, costituiva una serie di regole volte proprio al raggiungimento di tali obiettivi.

Ciò che va sottolineato, sono i principi attraverso i quali tali obiettivi si dovevano realizzare, e le azioni, miranti a tale scopo, che dovevano essere prese.

Di fatti la disciplina che si è voluto formare si basa su regole di rigore economico e stabilità, così da evitare shock che possano compromettere la sicurezza monetaria ed economica dell'eurozona, in particolare si debbono assumere misure di controllo della spesa adatte a non creare debito che renda ingestibile la situazione a molti Stati, per questo, come si era detto in precedenza, il limite del deficit, vale a dire il rapporto indebitamento netto/PIL, deve risultare al 3%, mentre il rapporto complessivo debito/PIL deve corrispondere al 60%.

Sulla base di tutto ciò si vedano dunque le misure adottate, dalle amministrazioni centrali, negli anni appena successivi all'inizio della crisi, proprio al fine di contenerla.

'They took three cntral reforms. First, arrangements were put in place to offer financial guarantees to euro area States who could no longer sustain their public finances and sought financial support. Secondly, a series of EU disciplines governing public finances and economic performance were put in place with a view to prevent future crises of this sort. Thirdly, the European Central Bank was granted an increasing number of powers to manage economic performance within the euro area and protect it against future financial risks'[452].

Queste tre aree sono state le principali forme d'intervento, dunque, ed a tale scopo, occorre soffermarsi sulle prime due che, più dell'ultima, nondimeno di particolare importanza per l'assetto di governance economica nell'ordinamento europeo.

La prima di queste tre aree corrisponde ad una politica d'intervento più di breve durata, nel senso che interveniva per rimuovere qualsivoglia rischio che i Paesi più 'deboli' economicamente potessero soffrire, ovvero già vivendo.

Il primo Paese a dover attraversare tali difficoltà fu la Grecia, la quale vide, nel 2010, acquistata una parte del suo debito pubblico pari a 110mld di dollari, acquistati, in particolare, dal Fondo Monetario Internazionale e l'UE.

[452] D. CHALMERS G. DAVIES G. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 40.

Successivamente, una volta realizzatasi l'ipotesi per cui non sarebbe stata solo la Grecia ad avere difficoltà a sostenere il proprio debito pubblico, allora ci si attivò per compiere delle azioni, e misure, che potessero fornire supporto agli Stati in difficoltà, cercando, magari, di metterli al riparo da future crisi.
Un primo passo fu quello di istituire il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF)[453] il quale faceva parte di un disegno per garantire stabilità finanziaria, che veniva delineato dal Regolamento (UE) n. 407/2010 del Consiglio, il quale 'istituisce un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria'.
Ci si rese conto molto presto, tuttavia, che tale strumento non era sufficiente in quanto, come si accennava, la Grecia non era il solo Stato a trovarsi in difficoltà.
Quindi, per cercare di creare, e rafforzare, il meccanismo messo in piedi, il FESF venne affiancato dal Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), che venne istituito con due Trattati, uno nel 2011 ed il secondo del 2012, ultimo dei quali, sancì la sua costituzione.
Esso trattato, tuttavia, è un Trattato intergovernativo che prevedeva l'adesione del 90% degli Stati rappresentanti il suo capitale totale per stabilire il suddetto meccanismo, ed il deposito degli strumenti di ratifica affinché entri in vigore ufficialmente, cosa che avvenne il 27 settembre 2012.
Anche questo si presentava come una società privata soggetta al diritto pubblico internazionale, così come lo è la natura del Trattato.
Non volendo entrare più nel merito del funzionamento del meccanismo ciò che va detto, inerente allo studio su come esso, e la sua disciplina siano rilevanti ai fini della tutela della salute, è che una volta acceduto al meccanismo, al fine di ottenere delle garanzie[454], sarà necessario rispettare delle condizioni legate a quest'ultime.

In sostanza, il meccanismo può essere attivato dagli Stati in difficoltà, così da non rischiare il *default* finanziario, e garantendo, a loro volta, la stabilità dell'intera eurozona.
Una volta che si accede, il prestito che viene offerto è coperto da alcune condizioni, che verranno di volta in volta negoziate dagli Stati che lo ricevono, ed esse condizioni sono incluse in dei documenti che prendono il nome di *Memorandum*, in particolare *Memorandum* of Understandings (MoU) nelle quali sono, in sostanza, previste le manovre e le misure da adottare così da permettere una corretta, ed oculata, spesa mirata al rafforzamento economico del Paese in crisi.
Tali MoU sono oggetto di particolari critiche, *in primis* circa la loro natura non democratica, per cui anche la Corte di Giustizia, più volte, ha dichiarato un difetto di giurisdizione nel giudicare le misure attuate in conformità di tali *Memorandum* i quanto essi non fanno parte della collana degli atti di diritto europeo, per cui, anche volendo sindacare tali misure perché in violazione dei diritti fondamentali della Carta, ciò non è

[453] Il FESF venne istituito come una società privata sottostante al diritto lussemburghese, Stato nel quale esso ha sede.
[454] Con un capitale sottoscritto di 700mld di euro, il MES può avanzare agli Stati fino a 500mld di euro per sostenere la propria economia.

possibile, perché l'art. 51 della stessa, al I comma, prevede espressamente che 'le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione'[455].

L'altro lato fortemente negativo, e criticato, a riguardo di tali *Memorandum* consiste nel tipo di misure, c.d. di *austerity*, che essi prescrivono agli Stati.

Di fatti tali misure, negoziate, e incluse MoU, pressavano gli Stati, che ricevevano i prestiti, a compiere manovre, ed adottare misure, principalmente nel settore sociale ed amministrativo dello Stato non a caso 'whilst this support, in all cases, prevented all these States defaulting on their debts, with all the unpredictable consequences that this would have entailed, the conditions imposed by the MoU were associated with a number of negative consequences. First, they imposed considerable social hardship as a result of the restrictions on public spending and increases in taxes imposed'[456].

Questo è solamente l'aspetto principale che viene criticato circa tali misure, imposte, in sostanza, poiché è altresì vero che 'recipient States were told that they had to accept the terms of support as the consequences would otherwise be too dramatic'[457].

Dunque ciò che risulta, e che si può dimostrare[458], è che tali misure, per molto tempo sfuggite al controllo, anche, della Corte, hanno avuto un forte impatto sul tessuto sociale degli Stati che hanno richiesto di beneficiare del MES.

Come riportato nella nota, a causa delle misure adottate in merito al mercato del lavoro, si è generata una disoccupazione tale per cui tutti coloro senza un rapporto lavorativo erano privi, altresì, di assicurazioni sanitaria, dunque, possibilmente, veniva violato il loro diritto all'assistenza sanitaria, se a causa di ciò essa non veniva ricevuta.

---

[455] Per molti anni la Corte ha negato la sua giurisdizioni in quanto tali *Memorandum* non erano definibili come atti di diritto europeo, però nel 2017 si è registrato un caso che potrebbe segnare un cambiamento nella sua linea giurisprudenziale, il famoso caso *Florescu*, C-258/14, deciso con Sentenza 13 giugno 2017, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In particolare, si tratta di un rinvio pregiudiziale mossa dalla *Curtea de Apel Alba Iulia* (Corte d'appelo di Alba Iulia) in cui essa proponeva diverse questioni alla Corte, e nello specifico la prima ha una certa rilevanza a questi fini in cui si chiedeva 'se il Memorandum d'intesa possa essere considerato un atto, una decisione, una comunicazione ecc. con valore giuridico ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia, e possa essere sottoposto all'interpretazione della Corte'. Quest'ultima rispose, e ciò costituisce la grande novità, 'che il memorandum d'intesa deve essere considerato un atto adottato da un'istituzione dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 TFUE, che può essere sottoposto all'interpretazione della Corte'. La rilevanza, ulteriore sta nel fatto che in tal modo il giudizio della Corte non è più escluso e può trovare applicazione l'art. 53 della Carta il quale stabilisce che 'nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri'. Se alla Corte non era riconosciuta giurisdizione in tali giudizi, le misure della Carta sarebbero state interpretate come limitative, in particolare l'art. 51 sarebbe stato un freno alla sindacabilità, da parte della Corte, delle misure adottate in osservanza dei *Memorandum*, misure che alle volte violavano dei diritti fondamentali.

[456] D. CHALMERS G. DAVIES G. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 41.

[457] *Ibid.*

[458] Nello stesso testo (*ibid.*) si riporta come 'Unemployment went up in Greece, from 7.8% in 2008 to 27.5% in 2013, with over 23% of Greeks not having any health insurance in 2014. The number of Greeks living in or at risk of poverty went up from 19% in 2008 to just under 45% in 2013, with social protection benefits for families declining by 25% between 2009 and 2012'.

Ora invece si veda la seconda categoria di misure che vennero adottate per fronteggiare la crisi, con una strategia più a lungo termine, volta a garantire la stabilità del sistema e dell'eurozona.

Nell'ottobre 2010 venne istituita una *task force* composta da tutti i Ministri delle finanze degli Stati membri, ed essa trovò delle criticità all'interno degli Stati e delle loro economie che posero seri rischi di stabilità economica, in particolare mancanza di competitività e grandi disavanzi che li esponevano in maniera eccessiva a possibili rischi.

Le misure che, quindi, vennero adottate concernevano le varie disposizioni introdotte con il Trattato di Maastricht, e base per il PSC che venne adottato nel 1997.

Questo nuovo pacchetto, iniziale, di riforme venne soprannominato 'six-pack', in quanto era composto da sei atti[459], volti a consolidare le misure di supervisione e controllo per un regime di controllo della spesa per cui i tre, dei cinque, Regolamenti di cui era composto, miravano alla riforma del PSC, due Regolamenti volti a disciplinare le nuove procedure per la sorveglianza sugli squilibri macroeconomici, ed infine una Direttiva relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

Nello specifico tali misure, ed i primi Regolamenti ancor di più, andavano ad apportare modifiche al Patto di Stabilità e Crescita, in particolare imponendo delle regole più stringenti per quanto concerne la possibilità di *deficit* per gli Stati, più ridotta se essi già possiedono un rapporto debito/PIL superiore al 60%[460].

Volendo qui esporre solo alcuni aspetti rilevanti, va detto che, quindi, gli Stati erano ora vincolati a delle modalità comuni per la stesura dei loro bilanci, ad esempio compiendo, nella loro programmazione, delle previsioni macroeconomiche veritiere e realistiche, basate su informazioni aggiornate, così da garantire certezze di proiezione anche agli altri Stati membri.

Ancora, s'impone l'obbligo per gli Stati membri di convergere verso l'obiettivo il pareggio di bilancio con un miglioramento annuale dei saldi pari ad almeno lo 0,5%, ed ancora, l'obbligo per i Paesi il cui debito supera il 60% del PIL di adottare misure per ridurlo ad un ritmo soddisfacente, nella misura di almeno 1/20 della eccedenza rispetto alla soglia del 60%, calcolata nel corso degli ultimi tre anni.

Un'altra importante novità è quella che viene istituito il c.d. 'Semestre Europeo', il quale, disciplinato dal Regolamento (UE) n. 1175/2011, è un ciclo di coordinamento delle politiche economiche e di bilancio nell'ambito dell'UE.

---

[459] I sei atti nello specifico erano: 1) Regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio della zona euro; 2) Regolamento (UE) n. 1174/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro; 3) Regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche; 4) Regolamento (UE) n. 1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici; 5) Regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio, dell'8 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi; 6) Direttiva 2011/85/UE del consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

[460] Tale previsione di ridurre la soglia del 3% del *deficit* venne proposta dal Governo Tedesco come possibile emendamento del Trattato, venendo dunque inclusa nello stesso, ma ciò non avvenne mai.

In tale periodo, della durata per l'appunto, di sei mesi, si discute, tra i vari Stati membri, delle riforme strutturali incluse nelle leggi di bilancio, delle rispettive politiche e dei disavanzi macroeconomici, da monitorare e contenere.

Tale ulteriore disciplina, lontana apparentemente dalla tutela del diritto alla salute, rientra, così come la categoria precedente di misure volte al contenimento e superamento dell'onda d'urto della crisi, nell'oggetto di tale studio a causa degli effetti che esse misure, adottate dalle istituzioni europee, hanno avuto.

Da una parte le condizionalità ai *Memorandum*, che come si è brevemente accennato, hanno richiesto interventi di tagli e riduzione di spesa soprattutto nel settore sociale, in quanto 'è venuta emergendo [nel corso del Novecento] la difficoltà di poter sostenere il costo dei diritti sociali'[461].

Dall'altra l'importante modifica al PSC con i vari pacchetti di riforme in merito alla governance economica dell'UE orientate nel segno della politica economica di *austerity*, la quale 'as a strategy for economic recovery, […] was unlikely to reduce debt and unduly impeded effective State intervention in the economy. However, the disciplines put in pace set out an orthodoxy which national parliaments were required to follow and which left little room for democratic consideration of alternatives'[462].

[461] A. SANUDLLI, *op. ult. cit.*, p.68.
[462] D. CHALMERS G. DAVIES G. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 42.

3. La disciplina della Salute nel Diritto Europeo

3.1. L'assistenza sanitaria transfrontaliera

Si vada, ora, a vedere più nello specifico la disciplina, di diritto secondario, che concerne la tutela della salute nell'ordinamento europeo, concedendo maggiore attenzione ad alcune disposizioni da sempre sotto l'attenzione, particolare, di istituzioni, dottrina e giurisprudenza.

Volendo rimanere legati alla distinzione, effettuata in precedenza, tra le due forme che assume la tutela della salute, vale a dire la nozione di 'sanità pubblica' e 'assistenza sanitaria', proprio in merito a quest'ultima sono stati sollevati i maggiori criticismi, in particolare circa il ruolo che nel settore ha rivestito la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Per quanto concerne la tutela della salute, intesa nella sua veste di 'sanità pubblica', sono stati anticipati vari esempi di campi nei quali l'UE si è intromessa, o le è stato richiesto di intromettersi, ed i settori della politica comune nell'agricoltura e dei prodotti farmaceutici sono la prova.

Da questi, altresì, l'azione dell'Unione ha preso le mosse, vale a dire che costituiscono i primi esempi di politiche, ed atti, che riguardano la tutela della salute[463].

Da lì in poi sono stati numerosi i casi di atti emanati con il fine, primario o meno, di tutela della salute (umana), sia nei settori appena citati, fornendo, in tal modo, modifiche e riforme dei primi atti emanati, ma anche in nuovi settori, come è il caso della disciplina dei dispositivi medici.

Della tutela della salute nella veste di sanità pubblica non si entrerà nello specifico, preferendo, come si anticipava, trattare con più attenzione l'ambito dell'assistenza sanitaria, in quanto delle differenze importanti ci sono, tra 'sanità pubblica' e 'assistenza sanitaria', che meritano di essere sottolineate ed esposte, così da poter verificare, poi, come le politiche europee abbiano influenzato, ovvero influenzino, i sistemi sanitari nazionali degli Stati membri.

Innanzitutto va detto che una differenza importante tra le due facce della tutela della salute risiede nella loro fonte giuridica, nel senso che la sanità pubblica può essere individuata come una competenza, concorrente ovvero di supporto, dell'UE, mentre per l'assistenza sanitaria viene prevista un'esclusività, in favore degli Stati membri, ben definita[464].

[463] Si ricordi tuttavia che l'UE, all'epoca la CEE, non aveva alcuna competenza, bensì ne era completamente sprovvista, dunque esse intromissioni, ed azioni, dell'UE costituivano un'importante svolta, come si è poi visto, circa il processo evolutivo della tutela della salute nell'ordinamento. Per chiarezza va detto, però, che la politica agricola risultava inserita sotto un regime di comunanza, per cui sembrerebbe più giustificabile un intervento in tal settore.

[464] L'art. 168 TFUE, al VII comma prevede 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. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate'.

Sulla base di ciò sarà di particolare rilievo analizzare l'evoluzione della disciplina, seguendo principalmente la giurisprudenza della Corte, che ancora una volta, come negli esempi precedenti, ha svolto il ruolo di timone dell'evoluzione legislativa, alle volte, anche con particolari critiche.
A tal riguardo, si vedano, primariamente, le prime discipline aventi ad oggetto l'assistenza sanitaria, ferme restando le divisioni di competenze prima esposte, e la loro evoluzione nel tempo, altresì va sottolineato che l'aspetto più rilevante dello studio circa l'assistenza sanitaria sta nel vedere gli effetti che esse discipline, a riguardo, abbiano avuto nella dimensione transfrontaliera.

I primi Regolamenti di anni 50[465] furono modificati con il primo vero atto rilevante che è costituito dal Regolamento (CEE) n. 1408/71, del 14 giungo 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.
Andando a modificare i primi atti comunitari in materia di assistenza sociale dei lavoratori questo Regolamento costituì la base per l'inizio di un'esperienza che registrava l'iniziativa di molti cittadini di Stati membri recarsi all'estero per poter usufruire di cure mediche presso un Paese diverso da quello d'origine.
Tutto ciò, non si può nascondere, ha una relazione molto stretta con altre disposizioni contenute nel Trattato, in particolare, con le libertà fondamentali, base del mercato interno.
Questa disciplina, vale a dire l'assistenza sanitaria transfrontaliera, più specificatamente, s'intreccia con la libertà di circolazione dei servizi, sia dei prestatori, che di coloro che ricevono tali servizi in un Paese diverso da quello d'origine, oltre che con la libera circolazione dei lavoratori.
Di fatti, come visto in precedenza, permettere ai lavoratori spostatisi in un Paese diverso da quello d'origine è una condizione base per la creazione di un mercato interno.
Tuttavia, non è sufficiente prevedere, meramente, che essi siano liberi di muoversi, così come riconosciuto dai Trattati, bensì delle barriere devono essere abbattute[466].
Per i lavoratori, e per permettere ad essi la libera circolazione, era necessaria una concreta attuazione del principio di non discriminazione a loro favore.
Proprio per questo motivo, uno dei primi interventi che si dimostrò necessario concerneva il riconoscimento, in favore di suddetta categoria, privilegiata, di migranti, dell'assistenza sociale.
È stato meglio definito [HERVEY McHALE] che 'No discrimination on the grounds of nationality is permitted, in terms of employment or establishments rights, and secondary legisaltion extends this principle to discrimination with respect to 'social advantages'[467].
Dunque, tornando al Reg. 1408/71, questo è importante in quanto costituisce la prima vera disciplina, in tal senso, concernente un importate vantaggio sociale per i lavoratori e per i familiari.

[465] Si tratta dei Regolamenti nos. 3 e 4 del 1958, vedi *supra* [128].
[466] Il ragionamento è lo stesso, con termini però diversi, di quanto è avvenuto, ed avviene, con la libera circolazione delle merci. In tal caso era necessario rimuovere dazi doganali e restrizioni quantitative (o misure aventi lo stesso effetto).
[467] T. K. HERVEY J. V. MCHALE, *op. ult. cit.*, p. 189.

Più specificatamente, si tratta della possibilità di accedere alle cure mediche in un Paese diverso da quello d'origine, altresì della possibilità di muoversi, in un Paese diverso, proprio per ricevere assistenza sanitaria.
Questa è dunque la base per un aspetto molto importante della tutela della salute nell'ordinamento europeo, si tratta dell'assistenza sanitaria transfrontaliera, la quale, oggi, non pare più prevista, e riconosciuta, solamente ai lavoratori, autonomi o subordinati che siano[468], ma ai cittadini europei in generale.
Il regime che vigeva inizialmente circa la possibilità di accedere, e ricevere, l'assistenza sanitaria transfrontaliera, era costituito da due livelli, in cui uno era quello descritto dal Regolamento in esame, mentre l'altro era basato su una situazione di urgenza dettata dalle condizioni di salute della persona, per cui se essa versava in una condizione che richiedeva immediate e necessarie cure allora questa poteva essere trasferita e ricevere cure mediche in un Paese diverso da quello d'origine.
Il Regolamento, in particolare, con la portata soggettiva, include una serie di soggetti all'interno del sistema estraneo alla necessità urgente di ricezione di cure mediche.
Volendo, quindi, individuare chi siano tali soggetti: 1) lavoratori ritiratesi dal lavoro, i titolari di una pensione, compresi i loro familiari; 2) lavoratori subordinati, o autonomi, i quali si recano in un Paese diverso per cercare lavoro in quanto privi di occupazione al momento, compresi i loro familiari; 3) lavoratori subordinati o autonomi impiegati, o svolgendo il proprio lavoro, in un Paese diverso da quello d'origine; 4) lavoratori di frontiera; 5) studenti e coloro che svolgono un periodo di formazione all'estero (questa previsione è stata inclusa nel 1997).
Tutto ciò è ben descritto nel Regolamento come si diceva, in particolare l'art. 22 dello stesso costituisce la norma di riferimento per la disciplina dell'assistenza sanitaria transfrontaliera.
Esso recita che:

"Il lavoratore che soddisfa alle condizioni richieste dalla legislazione dello Stato competente per aver diritto alle prestazioni, tenuto conto eventualmente di quanto disposto dall'articolo 18, e

a) il cui stato di salute necessita di prestazioni immediate durante la dimora nel territorio di un altro Stato membro, oppure

b) che, dopo essere stato ammesso al beneficio delle prestazioni a carico dell'istituzione competente, è autorizzato da tale istituzione a ritornare nel territorio dello Stato membro in cui risiede ovvero a trasferire la residenza nel territorio di un altro Stato membro, oppure

[468] A riguardo va compiuto un cenno molto importante, in quanto, la possibilità di estendere tale possibilità non solo più ai lavoratori è operata con un atto secondario molto importante, la Direttiva 2004/38/CE, 'relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri'. Quest'ultima, infatti, prevede la disciplina fondamentale per i diritti di tutti cittadini dell'Unione, circa il loro contenuto, distinguendo, però, quest'ultimi sulla base della durata della loro residenza in un Paese diverso da quello d'origine, riconoscendo maggiori tutele sociali a quelli con un periodo di residenza, estera, maggiori di 3 o 5 anni. Non è un caso che anche il Regolamento in questione fosse stato emendato con l'inclusione di previsioni concernenti i familiari dei lavoratori con un ulteriore Regolamento, il Regolamento (CE) n. 631/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004.

c) che è autorizzato dall'istituzione competente a recarsi nel territorio di un altro Stato membro per ricevere le cure appropriate al suo stato, ha diritto:

i) alle prestazioni in natura erogate, per conto dell'istituzione competente, dall'istituzione del luogo di dimora o di residenza secondo le disposizioni della legislazione che essa applica, come se fosse ad essa iscritto; tuttavia, la durata dell'erogazione delle prestazioni è determinata dalla legislazione dello Stato competente;

ii) alle prestazioni in danaro erogate dall'istituzione competente secondo le disposizioni della legislazione che essa applica. Tuttavia, previo accordo tra l'istituzione competente e l'istituzione del luogo di dimora o di residenza, le prestazioni possono essere erogate anche da quest'ultima istituzione, per conto della prima, secondo le disposizioni della legislazione dello Stato competente.

L'autorizzazione richiesta ai sensi del paragrafo 1 , lettera b), non può essere rifiutata se non quando è accertato che lo spostamento dell'interessato è tale da compromettere il suo stato di salute o l'applicazione delle cure mediche. L'autorizzazione richiesta ai sensi del paragrafo 1 , lettera c), non può essere rifiutata quando le cure di cui trattasi non possono essere prestate all'interessato nel territorio dello Stato membro in cui egli risiede.

I familiari di un lavoratore beneficiano delle disposizioni dei paragrafi 1 e 2 per quanto riguarda le prestazioni in natura.

Il fatto che il lavoratore beneficia delle disposizioni del paragrafo 1 non pregiudica il diritto dei suoi familiari alle prestazioni".

Di particolare rilevanza sono i casi descritti dal I comma alle lett. *a)* e *c)*, poiché corrispondono ai due livelli governanti l'assistenza sanitaria in un Paese diverso da quello d'origine.
La prima di queste due lettere, di fatti, prevede la possibilità di spostarsi per ricevere assistenza sanitaria, se sussiste una condizione di urgenza che rende tale assistenza necessaria[469].
Nel caso della lett. *c)*, invece, si tratta di assistenza sanitaria transfrontaliera, per così dire, 'programmata', vale a dire che non risulta necessaria, ma comunque possibile[470].
Quest'ultima ha un particolare interesse poiché essa è soggetta ad una condizione importante, vale a dire quella di autorizzazione da parte dello Stato membro competente, e dalla rispettiva autorità, di recarsi nello Stato membro, diverso, interessato, al fine di ricevere le cure lì.
Questo è il punto focale della disciplina e l'oggetto, altresì, più dibattuto tra le varie istituzione sia europee che nazionali.
In particolare su tale elemento si staglia la giurisprudenza, innovativa, della Corte di Giustizia, e sulle sue decisioni il gran fervore degli Stati membri, restii a cedere il controllo che gli è riconosciuto in materia di assistenza sociale.

[469] A questa modalità di richiesta di ricevere cure all'estero corrisponde un formulario per procedere alla domanda che risponde al nome di modello E111.
[470] Il modulo per procedere a tale richiesta di rilascio dell'autorizzazione è il modello E112.

Si riprenda dunque il II comma, in particolare si veda esso, nel suo secondo capoverso, nella sua versione emendata nel tempo:

"L'autorizzazione richiesta a norma del paragrafo 1, lettera c), non può essere rifiutata quando le cure di cui trattasi figurano fra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro, nel cui territorio l'interessato risiede, se le cure stesse, tenuto conto dello stato di salute dello stesso nel periodo in questione e della probabile evoluzione della malattia, non possono essergli praticate entro il lasso di tempo normalmente necessario per ottenere il trattamento in questione nello Stato membro di residenza"[471].

Quindi l'autorizzazione, circa la richiesta di ricevere cure mediche in un altro Paese, senza stato d'urgenza, non può essere negata 1) né quando tale prestazione risulta tra quelle previse dalla legislazione dello Stato[472] né 2) quando tali cure, sulla base dello stato di salute dell'individuo, non possono essere, da questo, ricevuto in tempo, nello Stato di residenza.

Il Reg. 1408/71 costituisce la base giuridica sulla quale si è basato un importante dibattito circa la possibilità dei cittadini europei di ricevere cure mediche in Paesi diversi da quelli d'appartenenza. Ferme restando le difficoltà pratiche affinché tale settore si espanda notevolmente, come per esempio familiarità con la lingua del posto, conoscenza dei servizi medici, con la cultura locale ecc., su tale possibilità si sono dedicati molti sforzi da parte delle istituzioni europee, e della Corte in particolare, la quale si è dedicata con attenzione al sistema autorizzativo.

Infine va detto che il Regolamento di cui si è parlato finora è stato sostituito da uno più recente, il Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.
Esso ha introdotto una nuova disciplina che si basa del tutto su quella precedente, ed in particolare, sul meccanismo autorizzativo.
Questa nuova disciplina fa riferimento all'art. 20, divenuto quello di rilievo a riguardo di 'Viaggio inteso a ricevere prestazioni in natura - Autorizzazione a ricevere cure adeguate al di fuori dello Stato membro di residenza'.
L'articolo è emblematico nel prevedere che:

"Fatte salve disposizioni contrarie del presente regolamento, la persona assicurata che si trasferisca in un altro Stato membro per ricevervi prestazioni in natura nel corso della dimora, chiede un'autorizzazione all'istituzione competente.

[471] Per evitare di creare confusione va detto il motivo per il quale siano stati riportati entrambi i testi del II comma dell'art. 22 Reg. 1408/71. I vari Stati, successivamente alle decisioni della Corte inerentemente alle cause pendenti di fronte ad essa circa il regime dell'autorizzazione per le cure transfrontaliere, hanno avvertito il rischio di un'apertura sulla base delle interpretazioni da essa offerte, per cui hanno deciso, in un Consiglio del 1981, di emendare il comma in questione, prevedendo delle casistiche meno ampie, e più specifiche.
[472] In particolare si tratta della legislazione statale circa le coperture assicurative circa i trattamenti sanitari. Il tutto sembrerebbe escludere dalla previsione i sistemi sanitari basati sulle liste d'attesa, ma la Corte avrà modo, come si vedrà, di esprimersi anche in tal riguardo.

La persona assicurata autorizzata dall'istituzione competente a recarsi in un altro Stato membro al fine di ricevervi cure adeguate al suo stato di salute, beneficia delle prestazioni in natura erogate, per conto dell'istituzione competente, dall'istituzione del luogo di dimora, secondo le disposizioni della legislazione che essa applica, come se fosse assicurata in virtù di tale legislazione. 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 e se le cure in questione non possono essergli praticate entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della sua malattia'[473].

Nulla viene realmente innovato riguardo alla disciplina precedente, se non che questa viene riportata in una maniera più chiara e precisa, codificando, in sostanza, le decisioni, e gli approdi, della Corte di Giustizia riguardo i casi di assistenza sanitaria transfrontaliera, sindacando, ed insistendo, in particolare, sul meccanismo autorizzativo.

Si veda dunque la giurisprudenza della Corte, notando l'importante ruolo, che in questo, come in altri settori, ha rivestito.

3.2 Il ruolo innovativo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

3.2.1 L'assistenza sanitaria è un servizio?

Nell'esaminare la giurisprudenza della Corte, quando si è trovata a decidere di casi concernenti l'assistenza sanitaria transfrontaliera, bisogna partire da alcuni casi risalenti nel tempo che però hanno posto le basi per il successivo sviluppo giurisprudenziale.
Ciò risulta necessario perché la Corte non si è limitata ad interpretare l'assistenza medica transfrontaliera sulla base della legislazione, di diritto secondario, vigente in quel momento, bensì ha sempre ricercato nei Trattati le basi per le sue decisioni, aprendo, in tal modo, possibili scenari evolutivi della disciplina.

Si inizi, dunque, con l'esporre un caso fondamentale circa l'intervento della Corte i questo settore, un caso, altresì, di cui si era già fatta menzione in precedenza, i casi *Luisi & Carbone*[474].

Si vedano brevemente i fatti, in questi due casi riuniti, entrambi gli attori si erano recati presso Paesi diversi da quello d'origine, l'Italia, più nello specifico, per motivi non solamente turistici, bensì anche per ricevere cure mediche[475].
Sussistendo tali motivi essi avevano attraversato la frontiera italiana con una somma di denaro, di valuta straniera, che, secondo il cambio con le Lire italiane, eccedevano la somma totale che la Legge italiana vigente all'epoca consentiva[476].

[473] Art. 20 Reg. 883/2004,I – II comma. I due successivi concernono la possibilità di usufruire, da parte dei familiari, della stessa possibilità.
[474] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sentenza 31 gennaio 1984, casi riuniti 286/82 e 26/83.
[475] In particolare Graziana Luisi affermava, di fronte al tribunale di Genova, che ella si era recata in Germania anche per ricevere cure mediche.

Dunque questi, vistesi inflitti delle sanzioni pecuniarie pari a quelle previste dalla normativa, contestavano la legittimità di tali misure, in particolare, nel risetto della normativa comunitaria.
In particolare la normativa comunitaria che venne invocata dagli attori concerneva *in primis* la libertà di movimento dei capitali, negli artt. 67 e 68 del Trattato che istituisce la CEE, e l'art. 106 dello stesso Trattato che concerneva 'i pagamenti relativi agli scambi di merci, di servizi e di capitali ed anche ai trasferimenti di capitali e di salari'[477].
Si vedano ora degli aspetti del ragionamento della Corte, nell'analizzare, in particolare, proprio le suddette norme, vedendo come la sua interpretazione sia fondamentale nel porre la base, innanzitutto, per rispondere alla domanda inclusa nel titolo, se l'assistenza sanitaria costituisca una servizio.

Il primo elemento, innovativo, contenuto nel giudizio della Corte consiste nell'ampliare la portata soggettiva delle disposizioni dei Trattati concernenti la libera circolazione dei servizi.

Essa ha infatti stabilito che 'le restrizioni alla libera prestazione di questi servizi sono soppresse nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione. Per consentire l'esecuzione delle prestazioni di servizi, può aversi uno spostamento sia del prestatore che si reca nello Stato membro in cui il destinatario è stabilito, sia del destinatario che si reca nello Stato di stabilimento del prestatore'[478].
L'art. 59 del Trattato però concerne espressamente solamente i prestatori dei servizi, quindi, la Corte rileva come, al fine di liberalizzare completamente il mercato dei servizi non sia possibile solamente riconoscere libertà di movimento ai prestatori, bensì anche a chi riceve suddetti servizi.
Non a caso la Corte prosegue stabilendo 'che la libera prestazione dei servizi comprende la libertà, da parte dei destinatari dei servizi, di recarsi in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio, senza essere impediti da restrizioni, anche in materia di pagamenti, e che i turisti, i fruitori di cure mediche e coloro che effettuano viaggi di studi o d'affari devono essere considerati destinatari di servizi'[479].
Gli elementi, quindi, importanti che si possono estrapolare dalla lettura della decisone della Corte fino ad ora sembrano estendere la libertà di circolazione inerente ai servizi, non solo ai prestatori, bensì anche ai destinatari degli stessi.
Inoltre si vede come anche coloro che si recano all'estero per ricevere cure mediche siano da classificare come destinatari di servizi, dunque sembrerebbe plausibile affermare che ricevere le cure mediche in un

[476] Va detto che la normativa concerneva le somme di denaro esportate all'estero per viaggi di ragione turistica, di studio, di affari ovvero sanitaria. Si tratta della modifica avvenuta con il Decreto ministeriale 2 maggio 1974 per cui il limite veniva fissato alla somma di 'Lire cinquecentomila'. La disciplina fondamentale era l'art. 13 del Decreto Legge 6 giugno 1956, n. 476.
[477] *Luisi & Carbone*, p. 383.
[478] *Luisi & Carbone*, par. 10.
[479] *Luisi & Carbone*, par. 16.

Paese diverso da quello d'origine rientri nella definizione di servizio, se esso rispetta altresì tutte le regole previste dal Trattato circa tale definizione[480].

Il caso appena visto viene definito come uno dei principali, se non la base, del percorso che ha visto la Corte come principale attore dell'evoluzione della disciplina inerente all'assistenza sanitaria transfrontaliera.
Come già detto, ma non nuoce ribadirlo, esso custodisce la sua importanza nel fatto che, con esso, la Corte ha avvicinato, per la prima volta, le disposizioni, fondamentali, dei Trattati, all'assistenza medica, compiendo un passo molto importante.
Non era la prima volta che, anche se in quest'ultimo indirettamente, la Corte si trovava a decidere una causa avente ad oggetto l'assistenza sanitaria transfrontaliera, di fatti già un precedente[481] è presente, ma in quel caso la Corte è rimasta principalmente nei confini della normativa, secondaria, di riferimento, nello specifico, il Reg. 1408/71.
Un altro caso molto importante che s'inserisce sul percorso iniziato con i casi *Luisi & Carbone* è costituito dal famosissimo caso *Grogan*[482] con il quale si compie un ulteriore passo in avanti nel definire l'assistenza sanitaria come servizio.
Si vedano, anche in questa occasione, i fatti che riguardano l'oggetto della causa.
Il caso prende corpo tra la 'Society for the Protection of Unborn Children Ireland' (SPUC) e tre associazioni studentesche, 'la Union of Students in Ireland (in prosieguo: la « USI »), la University College Dublin Students Union (in prosieguo: la UCDSU ») e la Trinity College Dublin Students Union (in prosieguo: la «TCDSU»)'[483].
Quest'ultime, in particolare, durante quegli anni avevano intrapreso un'attività informativa in favore degli studenti, mettendoli al corrente, in particolare, delle modalità per accedere all'interruzione volontaria di gravidanza in delle cliniche del Regno Unito, oltre che fornire, questi, con i recapiti e le informazioni necessarie per entrarvi in contatto.
La SPUC, quindi, avvia un procedimento di fronte alla High Court di Dublino al fin di ricevere una dichiarazione di illiceità di tale attività, e questa ritiene, per la risoluzione del caso, sollevare una questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia dell'UE.
Delle tre domande che vennero proposte alla Corte una è di particolare rilevanza, la prima, nella quale viene chiesto 'Se un'attività organizzata o una pratica dirette a procurare l'aborto o l'interruzione della gravidanza per intervento medico rientrino nella definizione di " servizi " contemplata nell'art. 60 del Trattato CEE'[484].

[480] All'epoca del caso l'art. 60 del Trattato prevedeva la definizione di servizio come 'le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone' (*Luisi & Carbone*, par. 9).
[481] Il riferimento è al caso *Pierik*; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 31 maggio 1979, C-182/78.
[482] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 4 ottobre 1991, C-159/90.
[483] *Grogan*, pag. 4687, *Antefatti.*
[484] *Grogan*, par. 9 n.1).

Ritorna dunque la definizione di 'servizio'[485] prima menzionata, e va detto, altresì, che la Corte ha fatto anche riferimento alla sentenza precedente *Luisi & Carbone* per rispondere al giudice nazionale.
Va solo sottolineato che la pratica d'interruzione di gravidanza in tal caso viene dimensionata nel caso di una pratica medica, facendo rientrare, dunque, l'atto all'interno della nozione di assistenza sanitaria, creandosi, in tal modo, un collegamento con la decisione di *Luisi & Carbone* in quanto tale assistenza concerne lo spostamento in un Pase diverso da quello d'origine, anche se nel secondo caso lo spostamento non sia avvenuto.
La Corte dunque, nel suo ragionamento, ha avuto modo di stabilire 'occorre rilevare che l'interruzione della gravidanza, così come lecitamente praticata in diversi Stati membri, è un'attività medica normalmente fornita dietro retribuzione e che può essere praticata nell'ambito di una libera professione. In ogni caso, la Corte ha già dichiarato nella sentenza 31 gennaio 1984, Luisi e Carbone, punto 16 della motivazione (cause riunite 286/82 e 26/83, Race. pag. 377) che le attività mediche rientrano nel campo di applicazione dell'art. 60 del Trattato'[486].
Il resto della decisione contiene le risposte alle altre due domande pregiudiziali sollevate dal giudice *a quo* e concernevano la possibilità, e la liceità eventuale, di misure di uno Stato, ove l'aborto per trattamento medico è un'operazione illegale, volte a limitare, o bandire, la circolazione di informazioni che riguardassero le modalità per accedere a tali prestazioni illegali[487].

Ciò che tuttavia va ribadito di tale caso è la decisione della Corte per cui, così come detto nel caso precedente, la prestazione sanitaria rientri nella definizione di servizio, aprendo a tale settore, dunque, le porte dell'applicazione delle regole di diritto primario concernenti la libera circolazione, il principio di non discriminazione, oltre che tutte quelle ulteriori regole, non secondarie, che investono tale disciplina.
Il riferimento, nello specifico, concerne le regole del Trattato circa i servizi d'interesse economico generale[488], i quali, data la loro particolare natura, permettono un'applicazione più flessibile alle imprese, pubbliche o private che abbiano ad oggetto attività ad essi servizi inerenti, delle regole inerenti alla concorrenza[489], così da permettere ad esse imprese l'adempimento degli obiettivi che esse perseguono con l'erogazione di tali servizi.

[485] Uno degli elementi oggettivi, per valutare se una determinata attività possa essere ricompresa nella definizione di 'servizio', è costituito dalla presenza di una retribuzione, vale a dire un corrispettivo alla prestazione del servizio ricevuto. Sarà anche in tale caso un elemento importante per il giudizio della Corte.
[486] *Grogan*, par. 18.
[487] La Corte si espresse, infine, sentenziando che 'che il diritto comunitario non si oppone a che uno Stato membro in cui l'interruzione della gravidanza per intervento medico è proibita vieti ad associazioni studentesche di diffondere informazioni sull'identità e l'ubicazione di cliniche di un altro Stato membro in cui sono lecitamente praticate interruzioni volontarie della gravidanza, nonché sulle modalità per entrare in contatto con tali cliniche, quando le cliniche di cui trattasi non sono in alcun modo all'origine della diffusione di dette informazioni' (*Grogan*, par. 32).
[488] Art. 106 TFUE.
[489] Artt. 101 e 102 TFUE.

3.2.2 I casi *Kohll* e *Decker*

Si proceda ora, invece, con l'esaminare due altri casi fondamentali per l'evoluzione dell'assistenza sanitaria transfrontaliera, i casi *Kohll*[490] e *Decker*[491], già menzionati in precedenza, che verranno visti congiuntamente data la comunanza di molti elementi delle rispettive cause principali, innanzitutto il fattore temporale, per cui essi erano molto vicini nel tempo, oltre che sono stati risolti dalla Corte nella stessa data, secondo poi entrambi concernevano una questione di legittimità, rispetto al diritto dell'Unione, delle stesse norme nazionali in materia di programmazione del sistema di assistenza sociale.

Più nello specifico, entrambi erano cittadini del Lussemburgo ed avevano cercato, ed ottenuto, delle prestazioni sanitarie in Paesi diversi da quest'ultimo, il Sig. Kohll in Germania, presso un odontoiatra, ed il Sig. Decker in Belgio, presso un ottico.

Questi due casi costituiscono un passaggio molto importante, in particolare rispetto ai due visti in precedenza, in quanto viene chiesto alla Corte di decidere, per la prima volta, delle norme circa l'accesso all'assistenza sanitaria transfrontaliera sulla base delle regole che disciplinano le libertà fondamentali, nello specifico, sulla circolazione delle merci e dei servizi[492].

Si vedano, anche in questi casi, i fatti del procedimento.

Il Sig. Kohll aveva fatto richiesta di autorizzazione, così come previsto solitamente, poi negata, per una prestazione medica classificabile come non urgente e, nello specifico, essa prestazione sarebbe stata ottenuta in Germania presso un odontoiatra, a favore della figlia del ricorrente.
Per quanto concerne il caso del Sig. Decker, questi non aveva fatto domanda per alcuna autorizzazione prima di recarsi uno Stato membro diverso al fine di acquistare un paio di occhiali da vista presso un ottico situato in Belgio, 'in base alla prescrizione di un oculista stabilito in Lussemburgo'[493].
Questi, ovviamente insoddisfatti dalle rispettive decisioni di diniego, ora dell'autorizzazione, necessaria ad ottenere poi il rimborso, ora del rimborso stesso, hanno contestato la legittimità della medesima normativa nazionale in rispetto alle norme sulla libera circolazione dei servizi[494], da parte del Sig. Kohll, e della libera circolazione delle merci[495], da parte del Sig. Decker.
Tuttavia, ciò che va sottolineato è che essi hanno contestato, infine, il sistema autorizzativo e la necessità di ottenere un'autorizzazione preventiva al fine di ottenere il rimborso, ed hanno, quindi, chiesto di valutare

[490] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 28 aprile 1998, C-158/96.
[491] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 28 aprile 1998, C-120/95.
[492] I due casi precedenti, dunque, costituivano una premessa importante e necessaria da compiere, in quanto appare meno nebuloso ed oscuro il motivo per il quale le prestazioni mediche possano essere fatte rientrare nella definizione di 'servizio'. Inoltre la differenza è chiara anche dal caso *Pierik*, in quanto in esso la Corte ha confinato la sua decisione nella portata del Reg. 1408/71, senza attrarre il caso nell'orbita attrattiva della disciplina dei Trattati in merito alla libera circolazione.
[493] *Decker*, par. 2.
[494] Artt. 59 e 60 del Trattato che istituisce la CE.
[495] Artt. 30 e 36 del Trattato che istituisce la CE.

quest'ultimo regime normativo se in contrasto o meno con le norme di diritto europeo[496], nella forma delle categorie appena esposte.

Sarà ora di particolare rilevanza vedere il ragionamento della Corte in entrambi i casi, in quanto in essi, la stessa Corte ha colto l'occasione per stabilire dei principi molto importanti circa la disciplina dell'assistenza sanitaria transfrontaliera.

Nello specifico, quello che va rilevato con più attenzione è la modalità attraverso il quale essa abbia interpretato tale sistema alla luce delle norme del Trattato.

Dapprima va detto che il Governo lussemburghese, e gli altri che hanno deciso di partecipare alla causa, hanno contestato la possibilità che tali norme, disciplinanti il regime previdenziale, potessero ricadere nelle regole del Trattato, ed in particolare in quelle concernenti la libera circolazione di merci e servizi, 'di modo che dovrebbe essere esaminata unicamente alla luce dell'art. 22 del regolamento n. 1408/71'[497].

La Corte ha prontamente dismesso tale opinione presentata dai Governi, stabilendo, e ribadendo, delle posizioni molto importanti.

Richiamando una giurisprudenza costante della Corte[498], 'il diritto comunitario non menoma la competenza degli Stati membri ad organizzare i loro sistemi previdenziali'[499].

La stessa continua poi dicendo che 'in mancanza di un'armonizzazione a livello comunitario, spetta alla normativa di ciascuno Stato membro determinare, da un lato, le condizioni del diritto o dell'obbligo di iscriversi a un regime di previdenza sociale […] e, dall'altro, le condizioni cui è subordinato il diritto a prestazioni'[500].

Tuttavia, e qui occorre prendere in riferimento quanto l'Avv. Generale Tesauro ha riportato nelle sue conclusioni ai due casi, 'alla luce di quanto precede, è fin troppo evidente che l'affermazione secondo cui il diritto comunitario non pregiudica la competenza degli Stati membri ad organizzare i loro sistemi di previdenza sociale implica, molto semplicemente, che il diritto comunitario non regola direttamente tale materia e che neppure con essa interferisce se la sua applicazione è tale da mettere in crisi la sopravvivenza dei regimi previdenziali aventi le caratteristiche prima ricordate. Al di là di tale ipotesi, tuttavia, gli Stati membri sono tenuti all'osservanza del diritto comunitario anche nell'esercizio della competenza loro spettante in materia previdenziale'[501].

---

[496] Va da ora sottolineato un aspetto molto rilevante, che verrà ripreso in seguito, per cui il sistema di autorizzazione preventiva per prestazioni sanitarie non urgenti è basato su norme comunitarie, in particolare l'art. 22 del Reg. 1408/71 che si è visto in precedenza, per cui da un certo punto di vista la Corte si sta pronunciando anche in merito alla disciplina, di diritto secondario, dell'UE stessa.

[497] *Kohll*, par. 16.

[498] Il riferimento in tal caso è a due casi molto importanti, la sentenza 7 febbraio 1984, C-238/82, caso *Duphar et al.*; e la sentenza 17 giugno 1997, C-70/95, caso *Sodemare et al*.

[499] *Ibid.*, par. 17.

[500] *Ibid.*, par. 18.

[501] Conclusioni dell'Avvocato Generale Giuseppe Tesauro, presentate il 16 settembre 1997, par. 22.

Già questo è un elemento molto importante, in quanto, nel pieno rispetto della giurisprudenza della Corte in materia, le norme statali inerenti ai regimi previdenziali non vengono escluse dall'applicazione delle regole dei Trattati, salvo alcuni casi[502], e, ripensando a quanto si diceva circa il rapporto tra mercato, e le sue regole e la salute, e la sua tutela, quanto stabilito dalla Corte ha indubbiamente dei rilievi molto importanti.

Si veda dunque il ragionamento della Corte inerentemente al rapporto tra le norme sulla libera circolazione ed il regime dell'autorizzazione per ricevere assistenza sanitaria transfrontaliera.

Per quanto riguarda il caso *Kohll*, e la libera circolazione di servizi, la Corte ha ritenuto che 'la natura particolare di talune prestazioni di servizi non può sottrarre tali attività al principio fondamentale della libera circolazione. Di conseguenza, la circostanza che la normativa nazionale oggetto della causa principale rientri nell'ambito previdenziale non vale ad escludere l'applicazione degli artt. 59 e 60 del Trattato'[503].

Invece nel caso *Decker*, che concerneva la libera circolazione delle merci, la Corte 'ha rilevato che i provvedimenti adottati dagli Stati membri in materia previdenziale che possono incidere sulla messa in commercio dei prodotti medici ed influenzare indirettamente le possibilità di importazione di questi prodotti sono soggetti alle norme del Trattato relative alla libera circolazione delle merci. Di conseguenza, la circostanza che la normativa nazionale oggetto della causa principale rientri nell'ambito previdenziale non vale ad escludere l'applicazione dell'art. 30 del Trattato'[504].

Stabilita dunque l'applicabilità di tali regole sulla libera circolazione la Corte ha applicato gli schemi interpretativi iniziati con le famose sentenze di *Dassonville* e *Cassis de Dijon*[505].

In particolare ha valutato se il sistema dell'autorizzazione preventiva potesse tradursi in un'ingiusta restrizione alla libera circolazione, anche in maniera potenziale, e quindi, la Corte, ha successivamente

---

[502] Nelle sua conclusioni, in particolare dai paragrafi che vanno dal n. 18 al 21, l'Avv. Gen. Tesauro rileva dei casi nei quali la disciplina circa i regimi di previdenza esulano dall'applicazione di alcune norme di diritto comunitario. In particolare, l'Avv. Gen. rileva 'l'attività delle casse malattia e degli enti che concorrono alla gestione del pubblico servizio della previdenza sociale «non è un'attività economica e che, quindi, gli enti incaricati di svolgerla non costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85 e 86 del Trattato»' (par. 18). Dunque Tesauro insisteva sul carattere solidaristico del sistema, 'nel senso che le prestazioni corrisposte sono «stabilite dalla legge e indipendenti dall'importo dei contributi»' (par. 20). Tesauro conclude rilevando che 'In buona sostanza, dunque, l'obbligo di iscriversi a un determinato regime, pur essendo tale da eliminare ogni possibile concorrenza di altre entità o comunque da renderne il settore di attività puramente residuale, costituisce un elemento indispensabile ai fini del funzionamento di un regime di previdenza sociale che sia fondato sul principio di solidarietà ed abbisogni pertanto del contributo di tutti per dare a ciascuno. Sono dunque unicamente gli enti che gestiscono regimi previdenziali aventi tali caratteristiche che sfuggono all'applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza' (par. 20). Nonostante ciò, comunque l'Avv. Gen. ribadisce che tali regole non debbano comunque costituire una violazione del principio di non discriminazione in merito alla libera circolazione dei cittadini. Infine si vedano i termini della Corte con i quali essa ha escluso che un sistema previdenziale sia basato sul 'principio solidaristico', rendendolo, dunque, assoggettabile alle norme sulla concorrenza, altrimenti non applicabili. 'Ha stabilito che, allorché gli stessi (o simili) enti operano invece nell'ambito della gestione di un regime assicurativo complementare, basato sul principio di capitalizzazione e sul legame diretto tra l'ammontare dei contributi e delle prestazioni (assenza, dunque, del principio di solidarietà), essi vanno qualificati come imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza' (par. 20).

[503] *Kohll*, par. 20-21.

[504] *Decker*, par. 24-25.

[505] Così facendo la Corte prendeva in considerazione se la misura nazionale aveva, anche solo potenzialmente ed indirettamente, l'effetto di limitare l'accesso al mercato di un altro Stato membro, ai prodotti provenienti da uno diverso. In particolare, valutava se esistevano delle possibili restrizioni a tale accesso, sia alle merci che ai servizi.

valutato se tale misura, eventualmente indebitamente restrittiva, potesse essere giustificata da imperativi ragioni d'interesse general, come è la sanità pubblica.

Nel caso *Kohll* la Corte stabilisce che, nonostante 'la normativa nazionale oggetto della causa principale non privi gli assicurati della facoltà di rivolgersi a un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, cionondimeno essa subordina ad un'autorizzazione previa il rimborso delle spese sostenute in questo Stato e nega tale rimborso agli assicurati che non siano muniti di questa autorizzazione.

Le spese sostenute nello Stato d'iscrizione non sono invece soggette alla detta autorizzazione.

Di conseguenza, una normativa siffatta scoraggia gli assicurati dal rivolgersi ai prestatori di servizi medici stabiliti in un altro Stato membro e costituisce, sia per questi ultimi sia per i loro pazienti, un ostacolo alla libera prestazione dei servizi'[506].

Nell'altro caso invece, la Corte ha affermato che 'occorre rilevare che la normativa oggetto della causa principale incoraggia le persone assicurate presso il regime previdenziale lussemburghese ad acquistare e a fare montare i loro occhiali da ottici stabiliti nel Granducato piuttosto che in altri Stati membri'[507]e che, nonostante essa non impedisca di compiere acquisti di tali beni presso Paesi esteri, 'siffatta normativa dev'essere qualificata come ostacolo alla libera circolazione delle merci in quanto incoraggia gli assicurati ad acquistare i prodotti di cui trattasi nel Granducato piuttosto che in altri Stati membri e, pertanto, è atta a frenare l'importazione di occhiali montati in questi Stati'[508].

La Corte è, dunque, proceduta a verificare se sussistevano delle giustificazioni oggettive.

Le giustificazioni principalmente avanzate, in entrambi i casi, dal Governo lussemburghese e dalla Commissione, riguardavano: 1) L'autorizzazione preventiva allo scopo di preservare l'equilibrio finanziario del sistema previdenziale, costituendo l'unico modo efficace, e meno gravoso, per tenere sotto controllo le spese; 2) 'salvaguardia della sanità pubblica'[509], in quanto solo tramite autorizzazione preventiva si può asserire se, per coloro che si rechino all'estero, l'assistenza sanitaria sia di qualità, ovvero se i beni non nuocciano alla salute umana.

Va detto, infine, che vi è anche una terza categoria di giustificazione, rilevata solamente nel caso *Kohll*, che concerne il mantenimento equilibrato del sistema previdenziale ed ospedaliero, la quale organizzazione, si ridica, compete solamente agli Stati membri.

Le prime due giustificazioni, comuni ad entrambi i casi, sono state ritenute inconsistenti dalla Corte, la prima perché, nel caso *Kohll*, il rimborso sarebbe avvenuto in base ai tariffari applicabili alle prestazioni avvenute in Lussemburgo, dunque non si genererebbe alcuno squilibrio, in quanto è una somma che lo Stato avrebbe

[506] *Kohll*, par. 34-35.
[507] *Decker*, par. 34.
[508] *Ibid.*, par. 35.
[509] *Kohll*, par. 43.

pianificato di poter sostenere, nel caso *Decker* invece il rimborso sarebbe avvenuto secondo una cifra *forfettaria*, minore rispetto a quella sostenuta, per cui nessun disavanzo sarebbe stato sostenuto dallo Stato.
La terza giustificazione è l'unica che la Corte ha stabilito che 'occorre rilevare che l'art. 56 del Trattato consente agli Stati membri di limitare la libera prestazione dei servizi medico-ospedalieri qualora la conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale sia essenziale per la sanità pubblica, o addirittura per la sopravvivenza, della loro popolazione'[510], ma che nel caso specifico nessuno dei Governi in causa abbiano presentato osservazioni a riguardo, per cui la Corte ha dovuto dismettere anche tale motivazione.
Sulla base di quanto detto va ora esposto un ulteriore aspetto importante di questi due casi, che, comunque, già sono innovativi solo per il fatto che la Corte abbia applicato le regole sulla libera circolazione nel decidere di cause inerenti al meccanismo dell'autorizzazione preventiva, identificato come peculiarità della disciplina dell'assistenza sanitaria transfrontaliera, per tutti coloro che non versano in uno stato di urgenza, nel diritto europeo, seppur secondario.
Tale regola, di fatti, è contenuta nel Reg. 1408/71, il quale ha ricevuto l'attenzione della Corte durante l'esame del caso, e, quindi, s'illustri ora tale aspetto.
La normativa lussemburghese in questione null'altro faceva che recepire tale disciplina di diritto secondario, europeo.
La Corte ha, nondimeno, chiarito, in entrambi i casi, che 'la circostanza che un provvedimento nazionale possa essere eventualmente conforme a una disposizione di diritto derivato, nel caso di specie l'art. 22 del regolamento n. 1408/71, non produce l'effetto di sottrarre tale provvedimento all'applicazione delle disposizioni del Trattato'[511].
Dunque, come anche la Corte ha rilevato, 'contestare la legittimità delle disposizioni nazionali relative all'assunzione a carico delle prestazioni ottenute all'estero equivarrebbe a mettere in dubbio la validità dell'analoga disposizione contenuta nel regolamento n. 1408/71'[512].
Il punto su cui la Corte ha insistito per risolvere tale questione si permea sulla differenza che si creerebbe nell'applicare tale disciplina di diritto derivato, ovvero le regole dei Trattati.
Vale a dire che, la disciplina dell'autorizzazione preventiva, così come all'art.22 del Reg. 1408/71, prevede il rimborso delle spese sulla base di quelle sostenute nel luogo in cui esse sono state erogate, mentre in questo caso esse sarebbero sulla base del tariffario nazionale.
Ciò è dunque servito alla Corte per stabilire che 'occorre constatare che l'art. 22 del regolamento n. 1408/71, interpretato alla luce della sua finalità, non è inteso a disciplinare-e quindi non impedisce affatto-il rimborso

[510] *Kohll*, par. 51.
[511] *Ibid.*, par. 25; *Decker*, par. 27.
[512] *Kohll*, par. 22; *Decker*, par. 26.

da parte degli Stati membri, in base alle tariffe in vigore nello Stato competente, delle spese sostenute in occasione di cure fornite in un altro Stato membro, anche in mancanza di un'autorizzazione previa'[513].

Questo ha, da un lato, portato la Corte ad escludere l'applicabilità al caso specifico del Reg. 1408/71, dall'altro, però, produrre un precedente molto importante per quella che sarà la disciplina, futura, dell'assistenza sanitaria.

'Through the Kohll and Decker rulings, […], the ECJ appears to have established a dual system of social protection for non-urgent healthcare received in another member States, giving EU citizens a choice of two options for coverage of healthcare abroad'[514].

In sostanza la Corte ha creato un sistema, per coloro che non sono pazienti dalla condizione sanitaria urgente, che quindi necessitano dell'autorizzazione, secondo il quale, possono sia procedere nel vecchio modo esposto nelle pagine precedenti, sia basare il loro diritto al rimborso sulle spese senza previa autorizzazione, sulle regole del Trattato.

La differenza, sostanziale, sta nel fatto che nel primo caso il rimborso avverrebbe sulla base delle spese sostenute nel Paese in cui tali prestazioni sono state erogate, mentre nel secondo caso il rimborso potrebbe avvenire sulla base delle spese "come se le prestazioni fossero state fornite nel Paese d'origine", vale a dire quello competente.

Appare chiaro, ed indiscutibile, che gli effetti del Regolamento siano stati minati, nel senso che, riprendendo i passaggi nei quali la Corte riteneva che contestare la normativa nazionale inerente all'autorizzazione preventiva consiste nel contestare il Regolamento, e l'art. 22 nello specifico, trovano in violazione la normativa nazionale, quasi logicamente, la Corte reputa dello stesso effetto anche l'art. 22 del Reg.1408/71.

Ciò merita di essere sottolineato perché si capisca meglio il percorso che si è formato, e seguito, per giungere alla modifica della disciplina che ha portato alle regole attualmente in vigore.

3.2.3 Altri contributi della Corte

Negli anni successivi la Corte ha riscontrato un numero crescente di cause aventi ad oggetto le medesime normative nazionali, vale a dire il sistema di previa autorizzazione affinché l'autorità competente prenda a carico le spese sostenute per ricevere cure in prestatori situati in Paesi diversi da quello d'affiliazione.

Ci si è soffermati sui due casi successivi in quanto costituiscono un momento importante dell'evoluzione giurisprudenziale circa l'assistenza sanitaria transfrontaliera, tuttavia ne sono solo un aspetto.

Va riportato un elemento specifico di questi casi, in particolare si deve sottolineare che essi concernevano un sistema previdenziale basato sull'assicurazione di un individuo ad un ente previdenziale, il quale avrebbe operato il rimborso in denaro delle spese sostenute dal paziente, affiliato, per ricevere le cure mediche[515].

[513] *Kohll*, par. 27; *Decker*, par. 29.

[514] E. MOSSIALOS W. PALM, *The European Court of Justice and the free movement of patients in the European Union*, p. 11, in *International Social Security Review*, vol. 56, Oxford, Blackwell Publishing, 2003.

Questo aspetto facilita indubbiamente l'analisi della Corte nel valutare se la prestazione medica possa rientrare nella definizione di 'servizio', la quale s'individua, principalmente, sulla presenza di una retribuzione per il servizio ricevuto, vale a dire 'il corrispettivo economico della prestazione considerata'[516].
Nei casi successivi, invece, la Corte ha avuto modo di prendere in esame la medesima normativa, prevedente una previa autorizzazione per il rimborso di spese sostenute in prestatori di altri Stati membri, in sistemi previdenziali organizzati diversamente, vale a dire sistemi che prevedono un rimborso in natura, invece che in denaro, ove il rimborso consiste nelle cure mediche stesse, risultando queste gratuite per l'affiliato[517].

Due casi fondamentali, a tal riguardo, sono i casi *Smits-Peerbooms*[518] e *Müller-Fauré*[519], entrambi concernenti la normativa olandese in materia di autorizzazione preventiva.
Considerando i fini di questa ricerca, e lo studio che si è impostato, va detto che tali caso sono rilevanti per ulteriori motivi, in particolare, nel suo ragionamento la Corte ha avuto modo di specificare dei criteri importanti per distinguere tra cure ospedaliere e non-ospedaliere, indifferentemente che si tratti di sistemi previdenziali di rimborso in natura o in denaro.
Inoltre la Corte non ha perso occasione per chiarire meglio i requisiti che debba rispettare il sistema di autorizzazione preventiva, per conformarsi alle regole ed alle eccezioni previste dal Trattato, andando a correggere, in parte, il tiro rispetto ai due casi precedenti, nei quali, come si è anticipato, la Corte sembrava quasi aver sindacato il regime posto dall'art.22 del Reg. 1408/71 offrendo una via preferenziale per il rimborso delle spese per le cure sostenute all'estero, tramite l'interpretazione delle regole del Trattato.
Dunque si descrivano molto brevemente i fatti dei casi principali, così da concentrarsi principalmente sul ragionamento della Corte, di particolare rilevanza.
Nel primo caso, la Sig.ra Smits, affetta dal morbo di Parkinson, ha ottenuto un trattamento specialistico e multidisciplinare in Germania, e chiese, successivamente il rimborso di tali spese sanitarie.
Queste le vennero negate in quanto tale trattamento 'non comportava alcun giovamento ulteriore e che nessuna necessità medica giustificava dunque un trattamento in tale clinica'[520].
Per quanto concerne, invece, il Sig. Peerbooms, egli era entrato in coma, all'età di anni 36, a seguito di un incidente stradale.
Questi aveva dunque ricevute delle cure mediche in Austria presso un ospedale universitario dove ha ricevuto una speciale terapia intensiva mediante neurostimolazione.

---

[515] Questo è il sistema che vige in alcuni Paesi, come per l'appunto, il Lussemburgo, del quale la normativa era in esame nei casi esaminati, ma è presente, il suddetto sistema, anche in Francia e Belgio.
[516] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 12 luglio 2001, C-157/99 (caso *Smits-Peerbooms*), par. 58.
[517] Questo tipo di sistema previdenziale è quello in vigore in altri Stati dell'Europa centrale, come l'Olanda, su tutte.
[518] C-157/99 [288].
[519] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 13 maggio 2003, C-385/99.
[520] *Smits-Peerbooms,* par. 26.

Anche in questo caso, a seguito della richiesta, da parte dell'attore, della presa in carico da parte dell'ente delle spese, l'esito della risposta fu negativo.

Nel caso *Müller-Fauré*, invece, l'omonima signora, 'mentre trascorreva un periodo di vacanze in Germania, si è ivi sottoposta a un trattamento dentario consistente nell'apposizione di sei corone e di una protesi fissa alla mascella superiore'[521].
Anche alla signora, una volta presentata la domanda di rimborso, la risposta prevedeva il diniego del rimborso.
Nello stesso caso è unita la causa della Sig.ra Van Riet, alla quale fu negato il rimborso delle spese mediche sostenute presso un altro Stato membro, il Belgio per la precisioni, e queste occorsero sia presso un istituto ospedaliero che non-ospedaliero.
I motivi di diniego dei rimborsi, comuni a tutti i casi, e che permettono, quindi, una trattazione unitaria dei casi, erano costituita dalla valutazione dell'ente d'affiliazione, il quale, sulla base delle normativa circa il riconoscimento della previa autorizzazione[522], riteneva che tali prestazioni, da un lato non costituivano un trattamento "usuale negli ambiti, olandesi, professionali", e dall'altro, non veniva ravvisata nessuna urgenza, prendendo in considerazione lo stato clinico dei soggetti, che determinasse impossibile non riconoscere tale autorizzazione.
Sulla base di tali fatti si veda dunque il ragionamento della Corte, vedendo innanzitutto che tipo di questione pregiudiziali siano state sollevate dal giudice nazionale alla Corte.

A riguardo va detto che anche con questo caso alla Corte viene chiesto di verificare se la misura del sistema autorizzativo, preventivamente, sia compatibile con le norme dei Trattati, e di nuovo, con quelle concernenti le regole sulla libera circolazione dei servizi, ed eventualmente se sussistono delle ragioni imperative d'interesse nazionale atte a giustificare tale misura.
Risulta anche molto importante soffermarsi sul ragionamento della Corte circa la sussistenza di ragioni imperative che sostenessero la legittimità di regole che potessero limitare le regole sulla libera circolazione, in quanto è in esse che è presente il contenuto innovativo dell'orientamento della Corte.
I giudici nazionali dei due casi avevano richiesto alla Corte, poi, delle domande più specifiche, nel caso *Smits-Peerbooms* veniva, anche, chiesto ' poiché la cura di cui trattasi, dispensata nell'altro Stato membro, non viene considerata come "usuale negli ambiti professionali interessati", e se faccia differenza al riguardo

[521] *Müller-Fauré*, par. 20.
[522] Affinché l'autorizzazione venga rilasciata devono realizzarsi due condizioni, innanzitutto la prestazione deve rientrare tra quelle coperte dall'ente assicurativo, e ciò si valuta sulla base del criterio '«usuale negli ambiti professionali interessati» del trattamento considerato' (*Smits-Peerbooms*, par. 23); la seconda condizione è soddisfatta se detta cura sia necessaria al trattamento medico dell'assicurato.

se ci si basi unicamente su concezioni dei professionisti olandesi e se, al riguardo, si applichino criteri scientifici nazionali o internazionali'[523].

Inoltre si chiedeva se 'il trattamento all'estero sia considerato usuale e quindi come una prestazione, ma l'autorizzazione considerata venga rifiutata per il fatto che cure adeguate possano essere tempestivamente ottenute presso un prestatore di cure olandese convenzionato e le cure prestate all'estero non siano pertanto necessarie per il trattamento medico'[524].

Nel secondo caso invece le questioni specifiche sollevate dal giudice miravano a risolvere la questione 'gli obiettivi del sistema olandese delle prestazioni in natura menzionati sopra costituiscano un motivo imperativo di interesse generale tale da giustificare un ostacolo al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi'[525] e 'se per la soluzione di dette questioni rilevi anche il fatto che il trattamento sia dispensato in tutto o in parte nell'ambito di una struttura ospedaliera'[526].

La Corte, rifacendosi alla giurisprudenza composta dai casi sopra esaminati, non ha esitato nel constatare che le attività mediche ricadano nella definizione di 'servizio', e dunque nelle regole dei Trattati che garantiscano la libera circolazione, e non ha tantomeno esitato nel riconoscere che, in entrambi i casi, una disciplina di autorizzazione preventiva costituisce una limitazione alla libera circolazione, in particolare 'scoraggia, o addirittura trattiene, gli assicurati dal rivolgersi ai prestatori di servizi medici stabiliti in uno Stato membro diverso da quello in cui sono iscritti'[527].

Dunque, stabilito ciò, la Corte è passata a valutare la sussistenza di ragioni che potessero sostenere, e giustificare, misure che limitassero la libera circolazione dei servizi.

Vedendo innanzitutto il caso *Smits-Peerbooms*, la Corte riprende quanto anticipato in merito al caso *Kohll*, in particolare ritenendo possibile giustificare una siffatta misura, come quella controversa, alla luce di ragione quali il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale, in particolare specificando che se tale equilibrio finanziario del sistema è volto a garantire un'alta qualità delle prestazione, contribuendo ad un elevato livello di protezione della salute umana, allora le restrizioni possono essere giustificate sulla base dell'art. 56 TCE.

Inoltre, aggiunge, si può giustificare, la misura oggetto della causa, anche sulla base che della 'conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale sia essenziale per la sanità pubblica, o addirittura per la sopravvivenza, della loro popolazione'[528].

[523] *Smits-Peerbooms*, par. 40.
[524] *Ibid.*
[525] *Müller-Fauré*, par. 32.
[526] *Ibid.*
[527] *Smits-Peerbooms*, par. 69; allo stesso modo la Corte si è espressa in *Müller-Fauré*, par. 44.
[528] *Smits-Peerbooms*, par. 74; così anche in *Kohll*, par. 51.

Nel dover valutare, dunque, la sussistenza di tali ragioni la Corte, nel primo caso, ha dovuto concentrarsi sul sistema autorizzativo, ed ha ammesso che 'rispetto alle prestazioni mediche fornite dai professionisti nei loro studi o presso il domicilio del paziente, le prestazioni mediche dispensate in un istituto ospedaliero rientrano in un ambito che presenta incontestabili particolarità'[529].

Sulla base di ciò la Corte rileva che quindi, data anche la competenza, non minata dal diritto europeo, degli Stati ad organizzare come credono il proprio sistema previdenziale, essi così facendo, e tuttavia rispettando le regole dei Trattati, perseguono degli obiettivi di programmazione economica e sociale, che la mancanza di un sistema di previa autorizzazione potrebbe danneggiare.

Di fatti, 'se gli assicurati potessero liberamente ed in ogni circostanza fare ricorso ad istituti ospedalieri con i quali la loro cassa malattia non ha concluso alcuna convenzione tutti gli sforzi di programmazione effettuati tramite il sistema di convenzioni al fine di contribuire ad assicurare un'offerta di cure ospedaliere che sia razionale, stabile, equilibrata ed accessibile sarebbero nel momento stesso compromessi'[530].

La Corte ora stabilisce un principio importante considerando quanto si diceva in precedenza nei casi sopra esposti, per cui quasi sottovalutava la normativa di autorizzazione preventiva di cui all'art. 22 del Reg. 1408/71.

La stessa rileva che 'il diritto comunitario non osta per principio ad un sistema di previa autorizzazione'[531], concludendo che però esso sistema deve essere comunque coerente al principio di proporzionalità.

Questo è indubbiamente un elemento fondamentale della decisone della CGUE, in quanto si discosta dalle decisioni dei casi precedenti, ma contribuisce altresì, in unione proprio con questi, a delineare una disciplina più certa in merito all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

Prima di tirar le somme si concluda la decisione del caso, per cui la Corte, nel valutare la coerenza della norma nazionale che prevede un sistema di previa autorizzazione con il principio di proporzionalità, ha verificato gli altri elementi della questione pregiudiziale, in particolare il criterio di "usuale negli ambiti professionali interessati" e lo stato di necessità.

La Corte ha rispettivamente stabilito che 'la condizione relativa al carattere «usuale» di un trattamento si intende nel senso che, allorché un trattamento è sufficientemente comprovato e convalidato dalla scienza medica internazionale, si deve considerare che una tale condizione, che è oggettiva e si applica indistintamente ai trattamenti nazionali ed ai trattamenti esteri, si può giustificare in considerazione della necessità di conservare sul territorio nazionale un'offerta sufficiente, equilibrata e permanente di cure ospedaliere e di assicurare la stabilità finanziaria del sistema dell'assicurazione malattia'[532].

[529] *Ibid.*, par. 76.
[530] *Ibid.*, par. 81.
[531] *Ibid.*, par. 82.
[532] *Smits-Peerbooms*, par. 97.

Per quanto concerne la necessità della prestazione, la Corte ha stabilito che 'l'autorizzazione possa venir rifiutata a motivo di una mancanza di necessità medica solo quando un trattamento identico o che presenti lo stesso grado di efficacia per il paziente possa essere tempestivamente ottenuto presso un istituto che abbia concluso una convenzione con la cassa malattia di cui fa parte l'assicurato'[533].

Sulla base di queste valutazione della Corte possono essere ravvisati gli elementi innovativi della decisione, in particolare prendendo in esame, maggiormente, quanto detto circa il carattere "usuale" del trattamento.

Se non è presente, nel territorio dello Stato in questione, una cura alternativa e di pari efficacia, facendo riferimento agli approdi della scienza medica internazionale circa il necessario trattamento, allora l'autorizzazione risulta ingiustificata, e non può essere rifiutata, poiché se basata solo sugli orientamenti della scienza nazionale, allora, la decisione sarebbe discriminatoria.

Come principio generale si può desumere che, se la normativa nazionale prevede che il rimborso avvenga solo se il trattamento rientra in quelli che il cittadino nello Stato d'affiliazione potrebbe ottenere, e che sono quindi coperti dal sistema previdenziale, se uno richiesto non vi è incluso la giustificazione al rifiuto dell'autorizzazione può avvenire solo se, basandosi sulle conoscenze della scienza medica internazionale, uno equivalente esiste ed è disponibile nel territorio del suddetto Stato.

Nel caso *Müller-Fauré* le questioni specifiche solevate dal giudice *a quo* erano diverse, anche in ragione dei fatti della causa principale, ed in particolare si deve sottolineare che la Corte compie dei passi in avanti, sempre nel chiarire la disciplina inerente all'assistenza sanitaria transfrontaliera, e la sua disciplina a livello europeo, andando a rispondere alle questioni che chiedevano di valutare il siffatto sistema alla luce della natura stessa del sistema previdenziale olandese, vale a dire, prevedente un rimborso in natura invece che in denaro (Belgio/Francia).

Questa visione può essere riassunta nella posizione adottata dalla Commissione che è intervenuta nel processo[534].

Essa aveva chiesto, come d'altronde il Belgio, di differenziare i casi in cui si tratti di prestazione ricevute da un ente ospedaliere in senso stresso, da quelle ricevute da medici professionisti, recandosi al loro studio professionale privato.

Essa ha infatti dichiarato che 'per quanto riguarda la prima categoria, si dovrebbe accogliere l'analisi contenuta nelle sentenze 28 aprile 1998, causa C-120/95, Decker e Kohll, citata, considerando che di una

[533] *Ibid.*, par. 108.

[534] Per percepire al meglio la portata innovativa che tale caso assumeva, sulla base anche di quelli precedenti che lo supportavano, è interessante riportare che numerosissimi siano stati i Governi, e non solo (Commissione), che abbiano deciso di partecipare alla causa, ognuno allegando motivazioni a sostegno di una giustificazione al sistema autorizzativo, in quanto altrimenti ognuno di questi Stati, data l'organizzazione del sistema previdenziale non così dissimile da quello olandese, sarebbe stato influenzato e vincolato dalla decisione della decisione in oggetto, da parte della Corte. Emblematico è il caso del Governo Inglese che allegava motivazioni inerenti al suo sistema, il National Healthcare System (NHS), che, simile a quello italiano, all'epoca non era ancora stato oggetto delle decisioni della Corte.

previa autorizzazione è incompatibile con il diritto comunitario, eccezion fatta per alcune prestazioni, in particolare odontoiatriche, estremamente onerose e specialistiche.

Per quanto riguarda la seconda categoria di cure, dispensate in ambito ospedaliero, si dovrebbe fare riferimento all'analisi della citata sentenza *Smits-Peerbooms*, ammettendosi che l'obbligo della previa autorizzazione è giustificato dalle esigenze di pianificazione, mentre il diniego di autorizzazione dovrebbe essere tuttavia soggetto ai limiti stabiliti dalla Corte in quest'ultima sentenza'[535].

Così facendo si creerebbe una strutturazione più precisa a quel duplice meccanismo venutosi a creare successivamente ai casi *Kohll* e *Decker*, in particolare per i casi non urgenti vi era ancora la possibilità di basare il rimborso sull'autorizzazione preventiva di cui all'art. 22 del Reg. 1408/71, ovvero sulle regole dei Trattati, però in tal caso l'autorizzazione sembrerebbe essere una misura, limitativa della libera circolazione, giustificata se si tratta di prestazioni ospedaliere, nella misura in cui questa, proporzionalmente al suo scopo, permetta di perseguire, in capo allo Stato, i suoi obiettivi di programmazione del sistema così da assicurare un equilibrio finanziario, ovvero prestazioni, in numero e qualità, che garantiscano un elevato livello di tutela della salute umana.

Per le altre prestazioni, fuori dagli enti ospedalieri propriamente detti, l'autorizzazione preventiva non pare essere mai un regime giustificabile.

A queste conclusioni giunge anche la Corte, che spiega, con le sue lettere ben più autorevoli il motivo di quanto si è detto.

Essa ha, quindi, stabilito che 'non risulta che l'abolizione dell'obbligo di una previa autorizzazione rilasciata dalle casse malattia agli assicurati che appartengono a queste ultime, al fine di consentire loro di beneficiare di cure sanitarie, in particolare non ospedaliere, dispensate in uno Stato membro diverso da quello di iscrizione, sia tale da pregiudicare le caratteristiche essenziali del regime olandese di assicurazione malattia'[536].

Stante queste conclusioni, molto importanti, si deve dire che 'even though the ECJ accepted prior authorization for hospital services, the discretionary power of Member States to apply this condition was restricted. The ECJ underlined that prior authorization could not be used arbitrarily'[537].

Dunque alla luce di questi casi, non vi è una distinzione vera e propria tra i tipi di meccanismi di rimborso, in particolare, ognuno ricade nelle regole sulla libera circolazione, qualunque sia il tipo di rimborso che viene fornito.

---

[535] *Müller-Fauré*, par. 63.
[536] *Ibid.*, par. 108.
[537] W. PALM I.A. GLINOS, *Enabling patient mobility in the EU: between free movement and coordination*, in E. MOSSIALOS G. PERMANAND R. BAETEN T. HERVEY, *Health Systems Governance in Europe: the Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Si può distinguere se il trattamento sia urgente o meno, ed in quest'ultimo caso allora si aprono i due meccanismi di cui si è detto, circa la possibilità di chiedere il rimborso, l'art. 22 del Reg. 1408/71 e le regole del Trattato.

Rimborso che, nondimeno, seguirà un criterio di rimborso diverso, poiché se basato sul sistema autorizzativo di cui al Regolamento, allora, esso avverrà sulla base delle spese sostenute all'estero, e dunque, sulla base delle tariffe "estere", mentre se avviene sulla base delle regole dei Trattati, come si vedeva anche nei due casi precedenti, esso è fornito sulla base delle tariffe come sostenibili presso il Paese d'affiliazione.

Inoltre, se le prestazioni sono erogate presso un ente non ospedaliero, allora il sistema dell'autorizzazione preventiva non è giustificabile alla luce delle deroghe espresse alle regole dei Trattati; mentre per le prestazioni erogate presso enti ospedalieri vigono le regole dette fino ad ora, per cui solo a determinate condizioni il meccanismo dell'autorizzazione può essere accettato, in particolare deve perseguire quelle finalità di cui al caso *Müller-Fauré*, e deve far ciò in una maniera obiettiva, imparziale, e la procedura deve essere conosciuta in anticipo.

Solo così, nonostante sia giustificabile, il meccanismo rispetterebbe la normativa di diritto europeo, che ad esso comunque viene applicata.

3.2.4 Il caso *Watts*

Il Caso *Watts*[538]costituisce un altro importante momento nella storia della giurisprudenza della Corte circa l'assistenza sanitaria transfrontaliera, ed in particolare, di grande rilevanza dal punto di vista dell'interesse italiano in quanto, quasi finalmente, la Corte ha dovuto pronunciarsi in un caso concernente un sistema sanitario, quello inglese nello specifico, basato sulla gratuità delle prestazioni, e sul finanziamento pubblico, generale, dello stesso sistema.

Di fatti, volendo operare una divisione dei vari sistemi presenti nell'UE, possono essere ravvisati, il sistema assicurativo basato sul rimborso in denaro[539], che è stato visto e deciso dalla Corte, basato sul rimborso in natura[540], di cui si è appena parlato, ed infine mancava ad essere posto all'attenzione della Corte il sistema c.d. *Beveridge*[541], vale a dire quello inglese, ed italiano, ove le cure sono dispensate gratuitamente ai cittadini, esso è organizzato sulla base di liste di attesa, a tutela del principio di solidarietà, ed allo stesso modo, esso si finanzia grazie alla fiscalità generale.

Il sistema sanitario in questione, nel caso specifico, era il National Healthcare System (NHS), ed il caso *Watts*, quindi, è importante da esaminare proprio perché la Corte ha, in esso, fornito delle importanti indicazioni circa il suo rapporto, da un lato con le regole dei Trattati ed il diritto al rimborso del paziente,

[538] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 16 maggio 2006, C-372/04.
[539] Casi *Kohll* e *Decker*.
[540] Casi *Smits-Peerbooms* e *Müller-Fauré*.
[541] Come il modello assicurativo prende il nome di modello *Bismarck*, dal nome del primo ideatore, anche il modello del Servizio Sanitario Nazionale prende il nome di modello *Beveridge*, dal nome del primo ideatore.

considerata la natura propria del sistema, e dall'altro la sua organizzazione, in particolare circa il meccanismo autorizzativo, così come possa essere differente se si tratti di richiesta basata sul Reg. 1408/71 o sulle regole dei Trattati[542].

Si vedano dunque brevemente i fatti del caso principale, sottolineandone gli aspetti più rilevanti per la trattazione successiva.

La Sig.ra Watts, cittadina inglese, soffriva di artrite alle anche ed aveva fatto domanda per ricevere cure all'estero, basandosi sul meccanismo dell'art. 22 del Reg. 1408/71, utilizzando il rispettivo formulario, necessario per la richiesta dell'autorizzazione, E112.

La paziente, ad ogni modo, si è poi recata in Francia per ricevere le cure mediche alle quali aveva intenzione di sottoporsi.

Una volta visitata da un medico specialista la situazione clinica della Sig.ra Watts è stata catalogata come "caso abitudinario", per cui non fu riscontrata alcuno stato di necessità rispetto al suo caso, dunque, la risposta alla sua richiesta autorizzativa ebbe esito negativo, e la Sig.ra decise, allora, di iniziare una 'procedura che mirava ad ottenere l'autorizzazione per proporre un ricorso di annullamento avverso tale decisione di rifiuto'[543].

Non indugiando ulteriormente sui fatti del caso, si proceda con l'esaminare le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice *a quo* alla Corte di Giustizia, e le risposte, oltre che il ragionamento, che essa ha offerto come soluzione, dalle quali si potranno, poi, estrapolare le novità che qui interessano.

Varie furono le questioni sollevate dal giudice nazionale, alcune, ovviamente, più inerenti alla risoluzione del caso, altre più generali, e si dedichi maggiore attenzione proprio a quest'ultime, in quanto hanno dato modo alla Corte di esprimere le interpretazione più rilevanti.

Nella prima in particolare il giudice nazionale chiedeva se 'tenuto conto della natura dell'NHS e della sua collocazione nell'ordinamento giuridico nazionale, l'art. 49 CE, letto alla luce delle sentenze Smits [e Peerbooms], Muller–Fauré [e van Riet], nonché Inizan, debba essere interpretato nel senso che, in linea di principio, la normativa comunitaria conferisce alle persone residenti abitualmente nel Regno Unito il diritto di ricevere un trattamento ospedaliero in altri Stati membri, a spese dell'NHS'[544].

Il giudice ha poi specificato la sua domanda, chiedendo alla Corte di verificare se potesse fare alcuna differenza, riguardo tale diritto dei cittadini di ricevere cure all'estero, la differenza del sistema inglese da quello olandese basato su fondi assicurativi, ed inoltre se potesse fare alcuna differenza, circa il rimborso, il

[542] È possibile constatare come oramai questa duplice strada per ricevere le cure all'estero, ed il corrispettivo rimborso, sia divenuta una procedura consolidata.
[543] *Watts*, par. 27.
[544] *Watts*, par. 42.

fatto che nello stato d'affiliazione lo Stato, differentemente dagli altri sistemi, non avrebbe dovuto sostenere alcuna spesa specifica.

Circa le altre questioni, va riportata, altresì la seconda, nella quale il giudice chiedeva alla Corte di rispondere se le prestazioni sanitarie offerte dal NHS costituissero "servizi" così come intesi nei Trattati, e s dunque i pazienti dello stesso NHS fossero destinatari di servizi, quindi se gli erogatori del NHS fossero prestatori.
Detto ciò, si chiedeva al giudice di illustrare in che modo delle cause di giustificazioni, specificatamente individuate dal giudice nella questione, potessero essere invocate nel caso di specie.
Infine, considerato anche il fatto che la paziente, attore del caso principale, aveva fatto domanda sulla base della normativa di cui al reg. 1408/71, il giudice aveva chiesto anche delucidazioni circa la portata, e l'interpretazione dell'art. 22 del Regolamento, oltre alle regole dei Trattati, sempre sulla base della natura del NHS.
Si proceda, quindi, con l'esaminare le risposte, ed il ragionamento della Corte, in particolare circa le domande, più generali, concernenti l'applicazione, e l'interpretazione, delle regole dei Trattati al normativa, e sistema sanitario, di specie.
Dato che nel caso principale, per l'appunto, era controverso il rifiuto del rilascio di un'autorizzazione, ai sensi dell'art. 22 del Reg. 1408/71, la Corte è innanzitutto proceduta nel rispondere a tale questione, ed in particolare nell'individuare sulla base di quali fattori possa essere legittimato il suddetto rifiuto, ribadendo che la motivazione allegata dall'autorità nazionale verteva sulla mancata necessità circa il caso della Sig.ra Watts.
La Corte ha quindi stabilito, al riguardo, che per essere legittimo un rifiuto basato su tale motivazione, 'l'istituzione competente è tenuta a stabilire che tale tempo non superi il periodo accettabile in base ad una valutazione medica oggettiva dei bisogni clinici dell'interessato, alla luce del complesso dei parametri che caratterizzano la sua situazione clinica al momento in cui la domanda di autorizzazione è proposta o, eventualmente, rinnovata'[545].
Apparentemente non si ravvisa nessuna novità sostanziale rispetto alle decisioni precedenti, in quanto, la Corte ritiene che le autorità nazionali debbano, ad ogni modo, fare sempre riferimento alla situazione del soggetto e basarsi su criteri oggettivi, così da poter permettere, altresì, la loro sindacabilità.
Successivamente la Corte ha mosso verso le altre questioni che concernevano l'interpretazione delle regole de Trattati, ed il rapporto di queste con il sistema, peculiare, del NHS, basato, si ridica, su finanziamenti pubblici e liste d'attesa.

[545] *Watts*, par. 79.

‘Con le prime quattro questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, e a quali condizioni, un paziente dell'NHS sia legittimato, ai sensi dell'art. 49 CE, a beneficiare di cure ospedaliere in un altro Stato membro a carico del detto servizio nazionale’[546], vedendo innanzitutto ‘se l'art. 49 CE sia applicabile a fatti come quelli di cui alla causa principale’[547].

E nell’intraprendere tale analisi la Corte ha fatto varie volte riferimento alla giurisprudenza precedente, per cui non ha sorpreso nel momento in cui ha ravvisato l’art. 49 TCE applicabile al caso di specie, in quanto è oramai consolidato che le prestazioni mediche, sia in ambiente ospedaliero che non, rientrano nella definizione di ‘servizio’.

In particolare la Corte, in tal caso, si è concentrata sul fatto che la Sig.ra Watts sia poi andata in Francia a ricevere le cure, per cui, la retribuzione all’ente francese ha ricevuto per la prestazione ha determinato l’applicazione delle regole del Trattato, e la Corte si è, dunque, disinteressata del fatto che poi la paziente abbia chiesto il rimborso.

Essa Corte ha successivamente stabilito che ‘occorre dunque ammettere che l'art. 49 CE si applica alla situazione di una paziente che, come la sig.ra Watts, riceve in uno Stato membro diverso dal suo Stato di residenza prestazioni ospedaliere dietro corrispettivo, indipendentemente dal modo di funzionamento del sistema nazionale a cui tale persona appartiene’[548].

La Corte, senza rispondere alla II questione pregiudiziale sollevata, non ritiene, dato quanto appena stabilito, necessario verificare se gli operatori del NHS dispensino o meno un servizio, e siano quindi prestatori, come i pazienti destinatari degli stessi, poiché le regole del Trattato si applicano in quanto la prestazione e la retribuzione, elementi oggettivi della nozione di ‘servizio’ sono presenti in quanto realizzatisi presso il prestatore sanitario francese.

Dunque essa verifica l’esistenza di una possibile restrizione alla libertà fondamentale di circolazione dei servizi.

Anche in tal caso, come in quelli precedenti, la Corte non si discosta dalla metodologia interpretativa consolidatasi.

Di fatti, essa rileva che il sistema autorizzativo può costituire un limite alla libra circolazione in quanto esso meccanismo è previsto per coloro che decidono, e richiedono, di ottenere cure all’estero, mentre non trova applicazione per ricevere cure mediche presso strutture convenzionate con il NHS.

Inoltre, prosegue la Corte, ‘vero è che, come affermato dai governi del Regno Unito e spagnolo, dall'Irlanda, nonché dai governi maltese e finlandese, un paziente appartenente all'NHS non ha la scelta del momento e del luogo in cui le prestazioni di assistenza ospedaliera richieste dal suo stato di salute gli saranno fornite nell'ambito delle infrastrutture dell'NHS. Tuttavia, è pacifico che, all'obbligo posto a carico del Ministro

[546] *Ibid.*, par. 80.
[547] *Ibid.*, par. 86.
[548] *Watts*, par. 90.

della Sanità dagli artt. 1 e 3 dell'NHS Act (v. punto 6 della presente sentenza) corrisponde il conseguimento gratuito, negli istituti dell'NHS, di prestazioni disponibili nell'ambito di questo, senza che tale conseguimento sia soggetto ad una previa autorizzazione'[549].

Perciò, come stabilito nei casi precedenti, 'il sistema di autorizzazione preliminare menzionato scoraggia, o addirittura trattiene, i pazienti di cui trattasi dal rivolgersi ai prestatori di trattamenti ospedalieri stabiliti in un diverso Stato membro e costituisce, sia per tali pazienti sia per i prestatori, un ostacolo alla libera prestazione dei servizi'[550].

Come avvenuto anche negli altri casi, la Corte ha, allora, verificato la sussistenza di oggettive ragioni imperative di interesse generale che potessero giustificare misure restrittive di tale libertà fondamentale.

Nondimeno come gli altri casi, la Corte ha ravvisato come giustificabili ragioni imperative innanzitutto il 'rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale'[551], secondo poi 'l'obiettivo di mantenere un servizio medico -ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti può parimenti rientrare nel regime di deroghe giustificate da ragioni di sanità pubblica previsto dall'art. 46 CE, laddove un tale obiettivo contribuisca alla realizzazione di un livello elevato di tutela della salute'[552], ed infine la Corte ha stabilito 'che l'art. 46 CE consente agli Stati membri di limitare la libera prestazione dei servizi medico-ospedalieri qualora la conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale sia essenziale per la sanità pubblica, o addirittura per la sopravvivenza della loro popolazione'[553].

Considerate queste giustificazioni, la Corte ha ravvisato che il sistema della previa autorizzazione risulta una misura giustificabile della libertà fondamentale, in quanto è posto a salvaguardia di alcune preoccupazioni che lo Stato membro, con la sua competenza circa l'organizzare il sistema previdenziale deve alleviare, in particolare, da un lato, fare in modo di 'garantire nel territorio dello Stato interessato la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure ospedaliere di qualità.

Dall'altro, essa è espressione della volontà di garantire un controllo dei costi ed evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane'[554].

Verificato ciò la Corte ha poi dovuto valutare se tale misura dell'autorizzazione fosse rispettosa del principio di proporzionalità al quale devono adeguarsi tutte le misure limitative delle libertà di circolazione.

Nel compiere tale valutazione la Corte si è di nuovo riferita ai casi precedenti, in particolare al caso *Smits-Peerbooms*, dove ha rilevato che lasciare i cittadini dello Stato membro liberi di ricevere cure all'estero, e di chiederne il rimborso, dunque senza previa autorizzazione, vanificherebbe gli sforzi di programmazione.

[549] *Ibid.*, par. 96.
[550] *Ibid.*, par. 98.
[551] *Watts.*, par. 103.
[552] *Ibid.*, par. 104.
[553] *Ibid.*, par. 105.
[554] *Ibid.*, par. 109.

Nonostante quella valutazione valesse nella causa olandese, considerate le peculiarità dello stesso sistema sanitario, la Corte ha ritenuto che le stesse 'possono essere riprese per un servizio sanitario nazionale come l'NHS'[555].

Allo stesso modo dei casi precedenti, la Corte ha rinvenuto che il regime autorizzativo può essere considerato giustificabile solamente se basato su 'criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali affinché esso non sia usato in modo arbitrario'[556].

Allo stesso modo, e sulla base di tutto ciò, il diniego delle autorità sarebbe sindacabile, in quanto basato su delle ragioni ed indicazioni specifiche che ne costituiscono la motivazione.

Detto ciò, la Corte rileva che 'la normativa relativa all'NHS non precisa i criteri di concessione o di rifiuto dell'autorizzazione preliminare necessaria per l'assunzione degli oneri delle cure dispensate in un ambito ospedaliero situato in altro Stato membro' [557], e che quindi non viene soddisfatta la soglia della proporzionalità in quanto i criteri non sono oggettivi, stabiliti in anticipo e non discriminatori.

Infine la Corte, passata in rassegna la possibilità di giustificare la misura nazionale costituita dal meccanismo autorizzativo, ha stabilito il caso in cui la stessa autorizzazione non possa essere rifiutata dalle autorità nazionale, insistendo, specificatamente, sul criterio temporale dello stato clinico del paziente, vale a dire, quando questi non può ricevere, entro un tempo accettabile presso le strutture dello stato d'affiliazione, la prestazione richiesta.

Nel dover compiere tale esame la Corte ha dovuto tenere a mente le peculiarità del sistema inglese, basato sulle liste d'attesa, per cui sulla base di tale procedura deve essere considerato quando esso 'risulta eccedere, nel singolo caso interessato, il tempo accettabile tenuto conto di una valutazione medica oggettiva dell'interessato'[558].

Dunque in tal caso le autorità nazionali non possono rifiutare il rilascio dell'autorizzazione che legittima al rimborso delle spese.

Quanto detto finora, dunque, porta la Corte ad applicare le regole del Trattato anche ad un sistema sanitario basato sul finanziamento, principalmente, pubblico, non curandosi, dunque, delle differenze strutturali dei modelli, prima esposti.

Ciò corrisponde alla conclusione di una transizione della Corte, iniziata anni orsono, ma sviluppatasi principalmente negli anni 90, che ha portato un settore, quale quello dell'assistenza medica, nello scopo applicativo delle regole dei trattati, con tutte le conseguenze che ciò comporta, e che si vedranno.

[555] *Ibid.*, par. 112.
[556] *Ibid.*, par. 116.
[557] *Ibid.*, par. 118.
[558] *Watts*, par. 10.

Ultimo aspetto rilevante, quindi, da sottolineare della sentenza della Corte è proprio quello inerente a quanto si è appena esposto, vale a dire l'effetto del diritto dell'UE in tale settore, fermo restando che, ad ogni modo, gli Stati membri detengono e preservano la loro competenza 'per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica'[559].

Al riguardo la Corte si è espressa stabilendo che 'benché il diritto comunitario non menomi la competenza degli Stati membri ad organizzare i loro sistemi previdenziali e decidere del livello delle risorse da destinare al loro funzionamento, la realizzazione delle libertà fondamentali garantite dal Trattato obbliga tuttavia inevitabilmente gli Stati membri ad apportarvi adattamenti, senza peraltro che si possa ritenere che ne venga compromessa, in tal modo, la loro competenza sovrana in materia'[560].

Ed ancora, 'Come rileva l'avvocato generale al paragrafo 88 delle sue conclusioni, occorre dunque ammettere che la necessità per gli Stati membri di conciliare i principi e l'economia dei loro sistemi di cure sanitarie, da una parte, e le esigenze derivanti dalle libertà fondamentali, dall'altra, comporta, per le autorità responsabili di un servizio sanitario nazionale come l'NHS, di prevedere meccanismi di assunzione degli oneri finanziari delle cure ospedaliere fornite in un altro Stato membro a pazienti ai quali il detto servizio non sarebbe in grado di fornire il trattamento richiesto in un tempo accettabile sotto il profilo medico'[561].

Dunque, mentre da un lato la Corte sancisce la subordinazione di un sistema come quello inglese, nonché italiano, al diritto europeo ed ai vincoli che esso genera, dall'altro compie un passo molto importante nell'enunciare un principio per il quale gli Stati, al fine di garantire le libertà fondamentali, debbano compiere delle modifiche, ovvero adattamenti, che non ne riducano la possibilità realizzativa.

Questo è l'altro punto fondamentale della sentenza, in quanto stabilisce che la libera circolazione di merci e servizi, entrambe categorie di regole applicabili al settore dell'assistenza sanitaria, anche non transfrontaliera, richiedono dei possibili adattamenti da compiere alle autorità nazionali, tuttavia sovrani dell'organizzazione del settore.

Queste hanno ad ogni modo la possibilità di giustificare, alle condizioni stabilite, esse misure restrittive, ma, in via del tutto funzionalista, va rilevato come la Corte nel tempo sia stata spesso ampia di giudizio, ravvisando raramente la legittimità di tali giustificazioni.

Per concludere, dunque, il rischio è quello di violare la ripartizione di competenze tra Stati membri e UE in un settore ove quest'ultima non ha alcuna competenza, neppure 'di sostegno'.

Ed altro aspetto da rilevare è quello per cui, stanti gli obblighi derivanti dal diritto europeo, anche senza far riferimento alle regole sulla libera circolazione, essi determinerebbero la necessità per i legislatori nazionali di compiere adattamenti a tale organizzazione dell'offerta sanitaria, e della sua erogazione.

[559] Art. 168 TFUE, VII comma.
[560] *Watts*, par. 121.
[561] *Ibid.*, par. 122.

L'esempio da fare si potrebbe riferire al caso dei vincoli di pareggio di bilancio, che determinano, o determinerebbero, dei tagli e diminuzioni delle risorse da destinare a tale settore, fondamentale, qual è quello sanitario.

Dunque la competenza degli Stati membri sembrerebbe essere meramente 'formale' nel senso che le istituzioni europee non potrebbero mai sostituirsi a quelle nazionali nel decidere in che modo, ed in quali termini, compiere tali modifiche (o tali riduzioni di spesa sanitaria) lasciando tale 'potestà' agli Stati membri, ma privandoli, quasi, della possibilità di scelta se farlo o meno[562].

Il rischio, dunque, è indubbiamente pressante, e tale sentenza costituisce un importante momento nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte circa l'assistenza sanitaria transfrontaliera proprio per questo motivo.

3.2.5 Conclusioni

Visti questi casi, che si potrebbero definire come apripista dell'evoluzione della disciplina dell'assistenza sanitaria transfrontaliera, è possibile tirare le somme di questo percorso della CGUE, riconoscendo che, nel mentre, con altri casi posti alla sua attenzione questa ha espresso meglio, e ribadito, decisioni precedenti, ovvero ha posto dei tasselli nuovi alle proprie decisioni.

La Corte ha deciso in due occasioni[563] che il sistema autorizzativo non può costituire ragione per non permettere ad un cittadino di ottenere cure mediche presso 'prestatori' di servizi, di natura medica, all'estero ed ottenere il rispettivo rimborso, solo perché il trattamento, per motivi politici-amministrativi non è stato, successivamente alla sua formulazione, incluso nella lista, aggiornata, dei trattamenti soggetti al sistema previdenziale, ovvero per 'la mancanza di farmaci e materiali medici, la carenza di attrezzature specifiche o di competenze specialistiche, in quanto renderebbero impossibile l'erogazione di prestazioni identiche o con lo stesso grado di efficacia in un lasso di tempo adeguato'[564].

Queste due decisioni riprendono fortemente quanto detto circa i casi di *Smits-Peerbooms* e *Watts*.

Nel primo di questi due la Corte si è espressa riconoscendo che il rimborso è dovuto per quei trattamenti che lo Stato d'affiliazione prevede come sovvenzionati se erogati nel suo territorio, tuttavia, l'ampia dizione che faceva riferimento al carattere "usuale" del trattamento, sulla base del quale si valutava se esso rientrasse o meno nella copertura dello Stato, non poteva essere usata in maniera discriminatoria, e perciò basarsi sulle conoscenze della scienza medica internazionale.

---

[562] Il riferimento da compiere è a quanto si diceva nelle pagine precedenti circa il MES e i famosi *Memorandum*, i quali prescrivendo agli Stati acceduti ai fondi MES che riforme svolgere privando quest'ultimi di possibilità di scelta, e, in sostanza, di competenze, propriamente dette. Inoltre la critica era ancor più aspra se si pensa che essi *Memorandum*, fino a poco tempo fa, ed ancora tale decisone rimane un *unicum* nell'universo della Corte, non erano considerati come atti di diritto europeo, dunque insindacabili dalla Corte per un difetto di giurisdizione a riguardo.

[563] Si tratta dei casi *Elchinov* (C-173/09) e *Petru* (C-268/13).

[564] M. TRESCA, *L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, p. 168, in D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

Nel caso *Elchinov* l'assenza dalla lista delle coperture del sistema previdenziale era basata sul fatto che 'l'elenco delle prestazioni mediche rimborsabili non menziona in modo espresso e preciso il metodo di trattamento applicato, bensì definisce alcune tipologie di trattamento'[565], dunque, come nel caos olandese, vi era una nozione ampia e non specifica delle coperture mediche assicurate, e perciò era necessaria un'interpretazione delle istituzioni nel valutare se il trattamento richiesto poteva essere ricompreso o meno.

Su tale elemento la Corte si è espressa, in quanto in tale momento d'esercizio dei propri poteri, se le autorità non decidevano in maniera oggettiva, basandosi su criteri della stessa natura, conosciuti, altresì, in anticipo, allora il rischio era di avere una decisione arbitrariamente discriminatoria.

Dunque la Corte ha stabilito che 'spetta all'istituzione competente dello Stato membro di residenza dell'iscritto al regime previdenziale esaminare, in applicazione dei consueti principi ermeneutici e in base a criteri oggettivi e non discriminatori, prendendo in considerazione tutti gli elementi medici pertinenti e i dati scientifici disponibili, se tale metodo di trattamento corrisponda a prestazioni previste dalla normativa di tale Stato membro'[566].

Se quindi, al termine di tale valutazione l'istituzione nazionale ritenga che sussiste un trattamento alternativo, di altrettanta efficacia, data la situazione clinica del paziente, sul territorio dello Stato e questo è, altresì, disponibile, 'una domanda di autorizzazione preventiva non può essere respinta adducendo che una siffatta metodologia di trattamento non è praticata nello Stato membro di residenza dell'iscritto al regime previdenziale'[567].

Il secondo di questi due casi, il caso *Petru*[568], ha costituito un'occasione per la Corte per ritornare sulla questione dell'indebito ritardo, come nel caso *Watts*.

Di fatti, l'esisto della sentenza è stato quello di 'ampliare l'ambito di applicazione della mobilità transfrontaliera, prevedendo, nel caso specifico, un ulteriore elemento di valutazione di "indebito ritardo"'[569].

Da sottolineare, in tal caso, è, di nuovo, il ragionamento dei giudici, poiché portano un'importate innovazione rispetto alle decisioni passate, anche rimanendo sullo stesso percorso di casi in analisi.

Come nei casi precedenti la Corte ha stabilito che 'l'autorizzazione richiesta non può essere negata ove un trattamento identico o che presenti lo stesso grado di efficacia non possa essere ottenuto in tempo utile nello Stato membro nel cui territorio risiede l'interessato'[570].

---

[565] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 5 ottobre 2010, C-173/09, par. 62.
[566] *Elchinov*, par. 62.
[567] *Ibid.*, par. 62.
[568] Va sottolineato il fatto che in tal caso alla Corte sia stato posto alla sua attenzione il Regolamento 1408/71, ed il rispettivo art. 22 nella parte in cui stabilisce quando le autorizzazioni non possano essere negate. Dunque la decisioni si è basata sull'interpretazioni di quest'ultimo invece che delle norme dei Trattati, con le conseguenze che ciò comporta, vale a dire prevedere il rimborso delle spese sostenute all'estero sulla base delle tariffe estere e non dello Stato d'affiliazione.
[569] M. TRESCA, *op. ult. cit.*, p. 169.
[570] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 9 ottobre 2014, C-268/13, par. 31.

La Corte, dopo aver ribadito quanto già detto in *Watts*, vale a dire i criteri sulla base dei quali le autorità debbano valutare lo stato di necessità della paziente e del rispettivo caso clinico, essa prosegue stabilendo che 'Tra tale insieme di circostanze che l'istituzione competente è tenuta a prendere in considerazione può figurare, in un caso concreto, una mancanza di farmaci e di materiali medici di prima necessità, come quella asserita nel procedimento principale'.[571]

E sue questo elemento si staglia l'innovazione apportata dai giudici di Lussemburgo, rispetto alle cause precedenti, di fatti questi hanno compiuto una valutazione differente da quella proposta dall'Avvocato Generale della causa Villalòn.

Questo differenziava, nel valutare che 'un residente in uno Stato membro, iscritto ad un sistema pubblico di previdenza sanitaria, ha il diritto di recarsi in un altro Stato membro dell'Unione, ponendo le spese a carico del sistema di previdenza sociale del proprio Stato di residenza, quando un trattamento identico o che presenti lo stesso grado di efficacia per il paziente possa essere ottenuto tempestivamente in quest'altro Stato, e non in quello di residenza'[572], tra 'carenza *contingente* dei materiali necessari per una prestazione sanitaria'[573] e 'quando la carenza di materiali che impedisce di praticare la prestazione sanitaria in questione assume una dimensione che va al di là di una situazione contingente, si può qualificare come carenza «sistemica»'[574].

Più specificatamente, l'Avv. Gen. inquadrava la carenza di medici tra le carenze *contingenti*, per cui in tal caso data l'oggettiva, e duratura, impossibilità di prestare cure mediche ad una paziente, considerata la sua necessità di ricevere suddette cure, derivante dal suo stato clinico, lo Stato non poteva rifiutare l'autorizzazione, sulla base della disciplina del Regolamento.

Talaltro, nel caso di carenze «sistemiche», invece, esso Stato non era obbligato al suddetto rilascio.

La Corte, tuttavia, non accoglie tale differenziazione, e stabilisce che la lettura dell'art. 22 del Reg. 1408/71, nella causa principale controverso, debba essere operata nel senso che 'l'autorizzazione richiesta ai sensi del paragrafo 1, lettera c), i), del medesimo articolo non può essere negata qualora le cure ospedaliere di cui trattasi non possano essere prestate in tempo utile nello Stato membro di residenza dell'assicurato a causa della mancanza di farmaci e di materiali medici di prima necessità'[575].

Com'è stato correttamente rilevato [TRESCA], 'in questo caso, si potrebbe guardare ad una giurisprudenza che, rispetto al passato, sembra più attenta alla tutela del diritto alla salute del paziente, rispetto alla sostenibilità economico-finanziaria dei singoli sistemi sanitari nazionali'[576].

---

[571] *Petru*, par. 33.
[572] Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalòn, presentate il 19 giugno 2014, par. 23.
[573] *Ibid.*, par. 25.
[574] *Ibid.*, par. 28.
[575] *Petru*, par. 36.
[576] M. TRESCA, *op. ult. cit.*, p. 169.

Questo caso, quindi, anche relativamente recente, sembrerebbe declinare diversamente il diritto alla salute nell'ordinamento europeo, così come declina diversamente le regole che lo riguardano.

Esso costituisce comunque un caso isolato, nel senso che una possibile portata orientata non in termini 'mercantilistici' non vede grandi appoggi giurisprudenziali a supportarlo, ovvero a confermarlo.

Va anche rilevato che, nonostante il diritto alla salute del singolo, in tal caso, sia tutelato maggiormente, rispetto ad interessi economici, per alcuni aspetti altrettanto importanti, degli Stati, 'la Corte ha infatti concentrato la sua attenzione verso gli interessi del singolo relegando in secondo piano la dimensione collettiva del diritto alla salute, con effetti potenzialmente negativi sul mantenimento del carattere solidaristico dei sistemi nazionali europei'[577].

Volendo dunque trarre delle conclusioni, ed effettuare una sintesi delle decisioni viste fino ad ora, e della loro portata, si può tracciare uno schema ricorrente dei casi, in particolare fintanto la Corte abbia avuto a che decidere la mobilità dei pazienti con le regole dei Trattati inerenti alla libera circolazione dei servizi.

Essa ha di fatti stabilito come le prestazioni mediche rientrino nel concetto di 'servizio' di cui all'art. 57 del TFUE[578], sia che esse siano ospedaliere che non.

E non rileva, altresì, che poi venga chiesto il rimborso, una volta effettuato il pagamento al prestatore estero, delle spese sostenute, creando così un sistema trilaterale per cui gli enti statali, siano assicurazioni di rimborso in denaro[579], in natura[580], o enti di un SSN[581], sopportano gli oneri.

Una volta stabilito ciò si passava a valutare se il sistema autorizzativo potesse costituire un'indebita restrizione della suddetta libertà, ed in ogni caso è stata ravvista tale possibilità, che tuttavia la Corte riteneva giustificabile solamente se si trattava di cure ricevute presso un ente ospedaliero, dato che il sistema ospedaliero, oltre che essere, la sua organizzazione una competenza esclusiva degli Stati, risponde a delle necessità economico-sociali, che solo con un'organizzazione statale possono essere soddisfatte[582].

Queste giustificazioni, rientranti nel gruppo delle ragioni imperative di interesse generale, sono state individuate dalla Corte, ed erano la necessità di mantenere l'equilibrio finanziario del sistema, l'obiettivo di mantenere un servizio medico -ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti e la conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale sia essenziale per la sanità pubblica, o addirittura per la sopravvivenza della loro popolazione, tale ultima come giustificazione alla libertà di movimento dei professionisti[583].

---

[577] A. NATO, *op. ult. cit.*, p. 578.
[578] Casi *Luisi & Carbone* e *Grogan*.
[579] Casi *Kohll* e *Decker*.
[580] Casi *Smits-Peerbooms* e *Müller-Fauré*.
[581] Caso *Watts*.
[582] Casi *Smits-Peerbooms* e *Müller-Fauré.*
[583] Ci si può riferire al caso *Petru* per notare come la carenza di medici possa essere ragione giustificabile per limitare la libertà di movimento degli stessi.

Poi la Corte ha, caso per caso, esaminato ogni motivazione espressa dalle varie autorità nazionali al fine di inquadrare come giustificabile il proprio meccanismo dell'autorizzazione preventiva, poiché rispettose dei principi di necessità e proporzionalità.

Questa, va detto, circa tutte le questioni ivi sottopostele, le ha sorpassate, creando così un meccanismo, ancora non codificato, dell'assistenza sanitaria transfrontaliera ulteriore.

In particolare, se proporzionali al loro scopo, i casi che renderebbero legittima la previa autorizzazione per ricevere cure mediche presso un presidio ospedaliero di un altro Stato membro, sarebbero la mancata previsione del trattamento richiesto tra quelli coperti nello Stato d'affiliazione[584]; la presenza delle liste d'attesa, ovvero la necessità di recarsi in un altro Stato, per diverse necessità[585].

Una volta proceduto in questo modo la Corte giungeva ad una conclusione, ed altresì concludendo tale disamina sulla giurisprudenza di Lussemburgo, va detto che la finale distinzione da compiere riguarda il regime delle regole sul rimborso, per cui procedendo sul tracciato dell'art. 22 del Reg. 1408/71, esso avverrà sulla base delle tariffe del Paese in cui esse cure vengono dispensate, mentre, procedendo sul percorso, squisitamente giurisprudenziale, delle regole sulla libera circolazione, esso rimborso avverrà sulla base delle spese come se sostenute nel Paese d'affiliazione.

[584] Casi *Smits-Peerbooms* e *Elchinov*.

[585] Casi *Müller-Fauré* e *Watts*, per quanto riguarda la presenza di liste d'attesa, mentre, circa la necessità dovuta da altre necessità, come assenza di medicinali o personale sanitario, il caso *Petru*.

3.3 La Direttiva 2011/24/UE

3.3.1 Una breve introduzione

'Concerned by the advances of the free movement principles into national health care territory and by the ECJ's expansive approach, Member States have sought to regain control over developments by moving decision-making in this area away from the judicial sphere and into the political domain'[586].

Dunque, come esposto in tale *incipit*, mentre tra gli anni 90 e l'inizio del nuovo Millennio la Corte di Giustizia apriva una strada verso l'applicazione delle regole del mercato interno, ed in particolare circa la libera circolazione dei servizi, gli Stati membri, dal canto loro, erano preoccupati da tale intrusione dei giudizi della Corte, specificatamente, dal fatto di vedere limitata la loro 'discrezionalità' politica, salvo che per ragioni di carattere imperativo, come si è detto, non potessero giustificare tale 'discrezionalità'.

Occorre vedere che tipo di attività, sul piano politico, europeo, essi cercavano di mettere in campo, in particolare 'to improve legal certainty regarding the application of free movements rules to health care; and to support Member States, and foster cooperation between them, in certain fields from which patient mobility would benefit (sharing resources, ensuring quality and safety and sharing information)'[587].

La Commissione Europea, a tal riguardo, aveva deciso di sedersi alla guida di questo percorso, che vide anche la presenza di alcuni rappresentanti degli Stati membri, per rafforzare la cooperazione fra quest'ultimi, oltre che, accogliendo le richieste degli stessi Stati, individuare e stabilire delle regole inerenti all'assistenza transfrontaliera.

Il terreno sul quale questo dialogo si rese possibile era costituito da una *panel* lanciato dal Consiglio dei Ministri della Salute dei rispettivi Paesi nel 2002, chiamato 'Processo di Riflessione di Alto Livello'[588].

Il risultato, iniziale, di tale cooperazione fu l'emanazione di 19 raccomandazioni in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera, in particolare con l'obiettivo di aumentare lo scambio di informazioni, coordinare gli obiettivi della politica sanitaria di ciascuno Stato, ed in particolare coordinare queste con gli obiettivi e le regole del mercato interno.

Ma questo era solamente il trampolino di lancio di questo tavolo di studio e dialogo tra le istituzioni europee e nazionali circa l'assistenza sanitaria transfrontaliera.

Non si indugi di più sugli aspetti particolari di questo lavoro sinergico, vedendo, principalmente, i risultati più importanti che, grazie a questo, si sono raggiunti.

Nel 2004, nel pieno di questo momento, venne emanato il Reg. 883/04 di cui si è anticipato in precedenza, che andava a rinnovare il precedente Reg. 1408/71.

---

[586] W. PALM I.A. GLINOS, *op. ult. cit.*, p.521.
[587] W. PALM I.A. GLINOS, *op. ult. cit.*, p.521.
[588] Processo Di Riflessione Di Alto Livello Sulla Mobilità Dei Pazienti E Sugli Sviluppi Dell'Assistenza Sanitaria Nell'Unione Europea; Documento: *Risultati del processo di riflessione* Data: *9/12/2003* Riferimento: *HLPR/2003/16.*

Inoltre la Commissione aveva presentato una proposta[589] legislativa al Consiglio ed al Parlamento Europeo per emanare una Direttiva sui servizi[590], così da liberalizzare il settore, ed ivi inclusa vi era anche una disciplina inerente all'assistenza sanitaria[591], la quale codificava, in sostanza gli approdi giurisprudenziali della CGUE, e di cui si è detto poc'anzi.

In particolare questa codificava la disciplina, applicata dalla Corte, per cui l'autorizzazione preventiva non poteva essere richiesta per cure non ospedaliere che se ricevute nello Stato d'affiliazione sarebbero state rimborsate, e dovevano subordinare, per quanto concerne quelle ricevute in ambito ospedaliero, la previa autorizzazione ai principi di proporzionalità e necessità.

Questa disposizione però, data la sua formulazione, non era gradita al Parlamento Europeo, che 'in a motion in April 2005 referring to the special nature of health care, disapproved of this approach and requested a separate Commission proposal'[592].

Proprio per tale motivo, la successiva Direttiva 2006/123 prevedeva, all'art. 2 che 'la presente direttiva non si applica alle attività seguenti: […] f) i servizi sanitari, indipendentemente dal fatto che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e di finanziamento sul piano nazionale e dalla loro natura pubblica o privata'.

Questo non aveva di certo assopito la volontà della Commissione di trovare un bilanciamento tra le istanze degli Stati membri, gelosi della loro competenza in tale materia di assistenza sanitaria, e la necessità di codificare l'applicazione delle regole del mercato interno al suddetto settore sanitario.

Dopo che la Direttiva 2006/123 fu emanata, ed il Regolamento 883/04 aveva oramai sostituito quello precedente degli anni 70, la Commissione avanzò una nuova proposta[593], esattamente nel 2008, al fine di regolare, nella maniera attenta che gradiva il Parlamento Europeo, la mobilità sanitaria dei pazienti, e non solo.

Fu proprio da tale iniziativa della Commissione che venne, successivamente, emanata la Direttiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

Ad onor del vero, tuttavia, va detto che da questi anni di discussioni politiche tra i vari Stati e le istituzioni europee, non venne prodotta solamente questa Direttiva come grande risultato, nonostante costituisca il traguardo più rilevante per tale studio.

---

[589] Commissione delle Comunità Europee, '*Proposta di Direttiva Del Parlamento Europeo E Del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno*', COM(2004), 2 finale, 31 gennaio 2004.

[590] Si tratta della Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

[591] Art. 23 '*Assunzione degli oneri finanziari delle cure sanitarie*'.

[592] W. PALM I.A. GLINOS, *op. ult. cit.*, p.524.

[593] Commissione delle Comunità Europee, '*Proposta di Direttiva Del Parlamento Europeo E Del Consiglio concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*', COM(2008), 414 definitivo, 2 luglio 2008.

La sinergia messa in campo tra i vari attori aveva dato frutti non trascurabili che vanno assolutamente menzionati, al fine, perlomeno, di completare di dettagli il quadro, rifinendo la sua immagine.
Furono discusse proposte inerenti al mutuo riconoscimento delle qualifiche professionali dei prestatori di servizi, così da facilitare la realizzazione del loro diritto di stabilimento nei diversi Paesi dell'Unione[594], ma, altresì, vennero discusse proposte circa il trattamento delle malattie rare, che, data la loro definizione, costituivano, o potevano costituire una minaccia comune, che richiedeva la cooperazione dei vari Paesi per il loro trattamento.

3.3.2 Ambito d'applicazione e profili rilevanti

Come detto già in precedenza, il lavoro, e le decisioni, della Corte di Giustizia sono molto importanti perché costituiscono la base per la codificazione della disciplina in procinto di esser esaminata.
Per affrontare tale studio occorre prendere in considerazione, innanzitutto, il preambolo della Direttiva, il quale espone i presupposti sui quali essa è stata delineata, e proprio in questo è riportata l'importanza che abbiano avuto le decisioni della Corte in questa materia.
In particolare le decisioni della Corte hanno funzionato da volano per orientarsi nel definire la disciplina del 'rimborso delle cure mediche'[595], altresì per quanto riguarda i principi da essa sanciti circa 'l'applicazione delle regole sulla libera circolazione dei servizi'[596], coì come, infine, le regole in materia di giustificazione che fanno riferimento ai 'motivi imperativi d'interesse generale'[597].
Questo prova indubbiamente l'importanza della giurisprudenza precedente nella costruzione, e definizione, di una disciplina codificata circa l'assistenza sanitaria transfrontaliera.
Si continui, tuttavia, un'analisi delle considerazioni contenute nel preambolo, così da poter sviscerare gli aspetti più rilevanti della stessa.

La prima cosa che va menzionata è la base giuridica sulla quale l'adozione di tale Direttiva si basa, in particolare viene fatta menzione dell'art. 168 TFUE, I comma, e dell'art. 114 TFUE.
Riguardo al primo di questi due viene riconosciuto che 'a norma dell'articolo 168, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE») nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana. Ne consegue che un

[594] Una minuzia da sottolineare in questo momento concerne proprio il principio del mutuo riconoscimento. Esso è di particolare importanza per favorire la libera circolazione dei professionisti, così da spianare la loro possibilità di stabilirsi in Paesi diversi da quello d'origine. Essendo questi, nella maggior parte dei casi, oltre che cittadini europei, anche prestatori di servizi, è peculiare il fatto che tali normative, europee, inerenti al riconoscimento di tali qualifiche, per cui essi soggetti non vanno discriminati rispetto ai professionisti residenti nello Stato di destinazione, siano stati applicati dalla Corte anche nei casi inerenti alla libera circolazione dei servizi. Il riferimento automatico va ai casi *Kohll* e *Decker* ove la Corte aveva ravvisato ingiustificata la motivazione di tutela della salute del soggetto che si era rivolto all'oculista o al dentista del Paese membro diverso da quello d'origine, in quanto la loro professionalità va equiparata a quella del professionista del paese d'origine in forza di tali normative.
[595] Preambolo n. (8).
[596] Preambolo n. (11).
[597] Preambolo n. (12).

livello elevato di protezione della salute umana deve essere garantito anche nel caso in cui l'Unione adotti atti a norma di altre disposizioni del trattato'[598].

Quanto detto già anticipa una valutazione rilevante, provando, soprattutto, come questa Direttiva non sia il frutto di un'intenzione dell'UE di dar corpo ad una politica sanitaria, intesa come sanità pubblica, bensì sia dettata dalla volontà di liberalizzare il mercato.

Di fatti la vera base giuridica è costituita dall'art. 114 TFUE che, si ricordi, attribuisce competenze al Consiglio ed al Parlamento Europeo di adottare misure per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, bensì con 'lo scopo di migliorare il funzionamento del mercato interno e la libera circolazione di merci, persone e servizi'[599].

Dunque, tornando a quanto si diceva in merito ai tavoli di dialogo istituiti negli anni precedenti all'adozione della Direttiva, ancora l'UE ha il fine, per così dire, 'mercantilistico' a guidare la sua azione, politica, di emanazione di una disciplina che concerna l'assistenza sanitaria erogata da, e tra, gli Stati membri.

Talaltro, come già rilevato [NATO], 'i riferimenti agli obiettivi sociali inseriti nel preambolo non sono idonei a superare la concezione mercantilistica che è alla base della nozione di paziente'[600].

Prima di vedere lo scopo della Direttiva, e la nozione di paziente a cui si è fatto cenno, si dica che obiettivi sociali inseriti nel preambolo costituiscono la sintesi di uno studio circa i principi che fondano i vari sistemi sanitari dei Paesi membri, da cui si è rilevato che 'i sistemi sanitari nell'Unione sono un elemento centrale dei livelli elevati di protezione sociale dell'Unione e contribuiscono alla coesione e alla giustizia sociali e allo sviluppo sostenibile. Essi fanno parte dell'ampia gamma di servizi di interesse generale'[601].

L'apertura, per così dire, sociale della Direttiva è ancora meglio esposta al punto 21 del Preambolo dove si sancisce che 'il Consiglio ha riconosciuto che esiste un insieme di valori e principi comuni che sono condivisi in tutta l'Unione sul modo in cui i sistemi sanitari rispondono alle esigenze della popolazione e dei pazienti che tali sistemi servono. I superiori valori di universalità, di accesso a un'assistenza di elevata qualità, di equità e di solidarietà sono stati ampiamente riconosciuti nell'azione di diverse istituzioni dell'Unione. Di conseguenza, gli Stati membri dovrebbero altresì garantire il rispetto di tali valori nei confronti dei pazienti e dei cittadini di altri Stati membri'.

Considerando, quindi, questi valori come contrapposti alla visione mercantilistica dell'UE, che permea la formazione, così come la stessa disciplina dell'assistenza sanitaria transfrontaliera, si veda il contenuto giuridico della Direttiva, cominciando proprio dall'ambito di applicazione, e gli obiettivi, della stessa.

L'obiettivo della Direttiva è quello, come sancito dall'art.1, di stabilire 'norme volte ad agevolare l'accesso a un'assistenza sanitaria transfrontaliera sicura e di qualità e promuove la cooperazione tra gli Stati membri in

[598] Preambolo n. (1).
[599] Preambolo n. (2).
[600] A. NATO, *op. ult. cit.*, p. 579.
[601] Preambolo n. (3).

materia di assistenza sanitaria, nel pieno rispetto delle competenze nazionali relative all'organizzazione e alla prestazione dell'assistenza sanitaria'[602].

A ciò si aggiunga l'ulteriore finalità di creare un sistema integrato con la normativa già esistente, vale a dire il Regolamento 883/04, e la disciplina che esso prevede.

L'ambito oggettivo d'applicazione, invece, prevede che essa Direttiva si applichi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, intesa come 'l'assistenza sanitaria prestata in uno Stato membro diverso dallo Stato membro di affiliazione'[603].

Altresì 'assistenza sanitaria' può essere definita come 'i servizi prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, ivi compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici'[604].

Dal punto di vista soggettivo invece, e quest'elemento era importante sottolineare, se letto congiuntamente al Preambolo ed ai presupposti alla base della Direttiva, essa si applica alla «persona assicurata»[605], che può essere identificata con l'individuo che nello Stato d'affiliazione, perché coperta/o dal sistema previdenziale del suddetto Stato, sarebbe titolata/o a ricevere cure, a spese del medesimo, senza gravare esse prestazioni sanitarie, sulle proprie finanze.

Dunque, tale definizione, risponde ai timori che si erano sollevati nella lettura del Preambolo, in particolare circa la visione mercantilistica dell'UE, ed alla finalità della disciplina troppo sbilanciata verso il corretto funzionamento del mercato interno.
Di fatti, 'non è dunque il cittadino dell'Unione europea o l'essere in stato di bisogno il presupposto richiesto, bensì essere in possesso di una copertura assicurativa'[606].
Infine, per quanto concerne l'ambito d'applicazione meritano, altresì, di essere visti anche gli ambiti ai quali essa Direttiva non si applica, ed in particolare, l'art. 1 al III comma stabilisce i rispettivi settori esclusi, che sono 'a) i servizi nel settore dell'assistenza di lunga durata il cui scopo è sostenere le persone che necessitano di assistenza nello svolgimento di compiti quotidiani e di routine; b) assegnazione e all'accesso agli organi ai fini dei trapianti d'organo; c) ad eccezione del capo IV, i programmi pubblici di vaccinazione contro le malattie contagiose, volti esclusivamente a proteggere la salute della popolazione nel territorio di uno Stato membro, e subordinati ad una pianificazione e a misure di attuazione specifiche'.

[602] Art. 1 D. 2011/24, I comma.
[603] Art. 3 D. 2011/24, I comma, lett. *e).*
[604] Art. 3 D. 2011/24, I comma lett. *a).*
[605] Art. 3 D. 2011/24, I comma, lett. *b).*
[606] C. GIUNTA, *La direttiva sull'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, p. 48, in D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

Mentre gli ultimi due punti, di questi tre previsti, hanno delle motivazioni ben precise per essere esclusi dall'ambito applicativo della Direttiva[607], il primo sembrerebbe essere un'occasione persa dal legislatore europeo nel disciplinare l'assistenza sanitaria transfrontaliera.

Come anche Nato osserva, 'l'inserimento di tale categoria avrebbe aumentato la tutela dei cittadini europei che si trovano in quelle condizioni'[608].

Come egli osserva, nonostante non vi sia stata una decisone della Corte a chiarire alcuni aspetti di tale prestazione sanitaria, sembrerebbe corretto ritenere che essa, ad ogni modo, rientri nella portata dell'art. 56 TFUE, dunque nella rete della disciplina sulla libera circolazione di servizi.

A quanto egli stabilisce, inoltre, si può aggiungere che la risposta viene fornita dalla stessa Direttiva, che nel Preambolo stabilisce come 'Come sancito in varie occasioni dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (la «Corte di giustizia»), pur riconoscendone la natura specifica, tutti i tipi di cure sanitarie rientrano nell'ambito di applicazione del TFUE'[609].

Quindi la scelta di escludere tale forma di assistenza è deliberata, e palesa, nuovamente, la visione mercantilistica sottesa alla disciplina, ed altresì l'interesse di costituire un mercato interno inerente alle prestazioni sanitarie più che dar corpo ad un fondamentale diritto sociale come quello alla salute, nondimeno, alle prestazioni sanitarie, come sancito anche dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

3.3.3 Diritto al rimborso delle spese sostenute

Si veda ora uno degli aspetti più importanti, e controversi, oltre che criticati, della nuova disciplina sull'assistenza sanitaria transfrontaliera.

Le regole concernenti il diritto al rimborso delle spese sostenute nel ricevere le cure presso un prestatore di servizi stabilito in un Paese diverso da quello d'affiliazione, oltre che i casi nei quali l'autorizzazione preventiva possa essere richiesta ai pazienti.

È forse in questo settore che si vede, da un lato il valore aggiunto costituito dalla giurisprudenza della Corte, dall'altro il modo con cui si sia reagito alle decisioni di quest'ultime, e come si siano codificate tali decisioni.

Occorre vedere, quindi, gli artt. 7 e 8 della Direttiva, cominciando dal primo di questi due circa i 'Principi generali per il rimborso dei costi'[610].

---

[607] In particolare la lett. *b)* ha una normativa già consolidata, costituita dalla Direttiva 2010/53/UE, mentre la lett. *c)* sembrerebbe essere la prova di come l'UE rispetti la competenza statale ad organizzare la propria politica sanitaria interna, di fatti l'obbligo di vaccinazione, in quanto consiste in un trattamento sanitario obbligatorio, e dunque restrittivo della libertà di un individuo, è corretto lasciarlo alla scelta, ed alla disciplina, di ogni singolo Stato.

[608] A. NATO, *op. ult. cit.*, p. 580.

[609] Preambolo, n. (6).

[610] Intestazione art. 7 D. 2011/24.

Esso stabilisce, al I comma, che 'lo Stato membro di affiliazione assicura che i costi sostenuti da una persona assicurata che si è avvalsa dell'assistenza sanitaria transfrontaliera siano rimborsati, se l'assistenza sanitaria in questione è compresa tra le prestazioni cui la persona assicurata ha diritto nello Stato membro di affiliazione'.

Dunque 'il rimborso di cure transfrontaliere non autorizzate diventa così la regola anziché l'eccezione'[611], e ciò si evince altresì dal proseguo della lettura dell'articolo, che risulta, al contempo, motivo per critiche circa la sua portata.

Di fatti allo Stato membro d'affiliazione è attribuita la responsabilità di 'determinare l'assistenza sanitaria per cui una persona assicurata ha diritto alla copertura dei costi nonché il livello di copertura di tali costi, indipendentemente dal luogo in cui l'assistenza sanitaria sia stata prestata'[612].

Come Nato scrive, 'l'aspetto più controverso della direttiva è rappresentato dal fatto che le scelte più importanti sono lasciate agli Stati di provenienza del cittadino europeo'[613].

Prosegue lo stesso articolo sancendo che allo Stato d'affiliazione spetta, altresì decidere se il meccanismo del rimborso debba passare attraverso il pagamento diretto o il rimborso delle spese, come sembrerebbe che lo stesso possa valutare, senza essere sottoposto a nessun obbligo, se rimborsare o meno le spesse, per così dire, 'accessorie' dello spostamento se queste sono dovute ad uno o più disabilità affliggenti la persona[614].

Volendo riprendere quanto si diceva in precedenza circa la portata soggettiva della disciplina, e la sottesa visione mercantilistica, va rilevato che in tal modo la Direttiva non facilita la mobilità transfrontaliera dei pazienti, poiché, se gli Stati decidessero di rimborsare 'solamente' le spese sostenute, la possibilità di spostarsi per ricevere cure mediche risulterebbe essere una facoltà limitata ai soggetti che dispongono delle risorse economiche, e non solo, che permetterebbero di compiere tale attività.

Dunque, tutti coloro che fanno capo alle fasce più deboli della popolazione di uno Stato, oltre a coloro che non risultano 'assicurati', ai sensi della disciplina nazionale circa la previdenza sociale, vengono esclusi, o potrebbero esserlo, dall'applicazione della Direttiva.

I primi in maniera *sostanziale*, in quanto, anche se intitolati, sarebbero limitati dalle barriere economiche, linguistiche, ovvero culturali in generale; i secondi anche *formalmente*, in quanto non coperti *ab origine* dalla disciplina.

Ancora una volta sembrerebbe difficile trovare un bilanciamento tra le esigenze economicistiche del mercato e quelle sociali del diritto alla salute e, aggiungerei, della disciplina fondante la cittadinanza europea.

Tornando a quanto l'art. 7 prevede circa il rimborso delle spese, esso può essere disposto, dallo Stato d'affiliazione, 'in misura corrispondente ai costi che il sistema avrebbe coperto se tale assistenza sanitaria

[611] C. GIUNTA, *op. ult. cit.*, p. 50.
[612] Art. 7 D. 2011/24, III comma.
[613] A. NATO, *op. ult. cit.*, p. 584.
[614] Art. 7 D. 2011/24, IV comma.

fosse stata prestata nello Stato membro di affiliazione, senza che tale copertura superi il costo effettivo dell'assistenza sanitaria ricevuta'[615].

Tuttavia, di nuovo, la Direttiva lascia libero lo Stato d'origine di decidere se rimborsare o meno l'intero costo, anche in eccesso, delle spese sostenute, lasciando quindi agli tati nazionali la competenza di decidere ed organizzare la materia dell'assistenza sanitaria, oltre che il suo aspetto economico finanziario.

Bisogna aggiungere, però, che a tal riguardo, il rimborso delle spese risulta essere "neutro" in quanto 'lo Stato deve rimborsare solo la cifra che avrebbe speso se la prestazione sanitaria fosse stata erogata nel suo territorio'[616].

La nuova disciplina, quindi, non pare addurre alcun timore alle finanze dello Stato d'affiliazione, mentre tale aspetto era avvertito come minacciato dalle decisioni della Corte, in quanto da un lato essa era imprevedibile nelle sue decisioni, poiché non vi era, ancora, alcuna disciplina codificata come quella che si sta vedendo ora a cui far rifermento, dall'altra 'la direttiva non aderisce completamente all'impostazione fortemente incentrata sul paziente elaborata dalla Corte di giustizia e si sbilancia in favore dell'obiettivo di salvaguardare la tenuta dei sistemi sanitari nazionali'[617].

In conclusione appare corretto condividere che 'non sembra dunque potersi configurare un nuovo diritto a prestazioni. Ciò che è previsto è invece l'estensione spaziale delle prestazioni già riconosciute dagli Stati membri'[618].

Concludendo la disamina degli aspetti più importanti dell'art. 7 va detto che esso contiene una serie di limitazioni del diritto al rimborso, che vanno, altresì, a mitigare le preoccupazioni finanziarie degli Stati.

Il comma VIII, innanzitutto, stabilisce che 'lo Stato membro di affiliazione non subordina il rimborso dei costi dell'assistenza transfrontaliera ad autorizzazione preventiva, ad eccezione dei casi di cui all'articolo 8'.

Ricollegandosi a quanto si diceva in apertura, sembra certo che la regola generale uscente dalla disciplina, e qui si vede il forte legame, e la forte influenza, con le decisioni della Corte, sia quella che il rimborso delle regole non debba essere soggetto ad una previa autorizzazione salvi i casi di cui si dirà a breve.

Tuttavia, questo slancio viene ridimensionato dal comma IX, il successivo, che stabilisce che 'lo Stato membro di affiliazione può limitare l'applicazione delle norme sul rimborso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera per motivi imperativi di interesse generale, quali quelli riguardanti l'obiettivo di assicurare, nel territorio dello Stato membro interessato, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o alla volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane'.

[615] Art. 7 D. 2011/24, IV comma.
[616] C. GIUNTA, *op. ult. cit.*, p. 51.
[617] A. NATO, *op. ult. cit.*, p. 587.
[618] C. GIUNTA, *op. ult. cit.*, p. 51.

Da una parte si ritrova un contenuto tipico, e consolidato, delle decisioni della Corte, per cui una limitazione giustificabile è quella che fa capo ad una ragione imperativa come la tutela della 'sanità pubblica'[619], dall'altro, e questo costituisce un passo indietro rispetto agli approdi, ed alle innovazioni, della Corte, si subordina il diritto al rimborso, elemento base affinché si concretizzi il diritto alla salute, al mero aspetto economico, la 'volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane'.

Il passo indietro che si diceva si comprende appieno se si ripassano in rassegna delle decisioni della Corte viste in precedenza[620], in particolare nella parte in cui essa stabiliva che gli 'obiettivi di natura puramente economica non possono giustificare un ostacolo al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi'[621].

Come rileva, altresì, magistralmente la Giunta, il passo indietro è costituito anche dal fatto che per la Corte 'le condizioni contemplate dall'art. 7.9 della direttiva devono […] essere cumulative e non alternative, come invece prevede la norma'[622].

Infine si rilevi che quindi gli Stati d'affiliazione mantengono forti poteri decisionali circa la disciplina interna in merito all'assistenza sanitaria transfrontaliera, poiché possono decidere le modalità del rimborso, e ciò determina, se esso sia a pagamento diretto o rimborso successivo, tutte le conseguenze già viste, anche le prestazioni per le quali esso vale, fermi restando tutti i limiti già incontrati nell'analisi di casi[623], per cui non è una definizione vaga delle stesse che può compromettere la loro copertura, ed infine decidono anche se rimborsare una spesa superiore a quella che sarebbe stata se l'erogazione fosse avvenuta nel proprio territorio, oltre se rimborsare le spese accessorie.

Con ciò non si vuole svuotare la reale portata della Direttiva, poiché va detto che con essa, 'la mancata assunzione degli oneri di rimborso non rappresenta più soltanto una restrizione ingiustificata alla libera prestazione dei servizi, ma anche una violazione della direttiva'[624].

---

[619] Va riconosciuto che tale previsione codifica sì un contenuto delle decisioni della Corte, bensì quest'ultima assoggettava tale possibilità, facente capo alle ragioni di 'sanità pubblica',alla necessità che essa avesse il fine di garantire un elevato livello di protezione della salute umana. Il comma XI dell'articolo subordina i limiti di cui al comma IX ai principi di non discriminazione, proporzionalità e necessità, per cui parrebbe possibile far rientrare quanto detto in apertura in tale previsione.

[620] Concludendo quanto si è appena detto nella nota precedente, esistono elementi per temere che l'alto livello di necessità e proporzionalità richiesto dalla Corte per legittimare delle giustificazioni a misure restrittive delle libertà sia stato abbassato, rendendo lecito anche un motivo meramente economico, subordinando a questo la realizzazione del diritto alla salute di un individuo. Per risposte più certe, circa il rapporto tra i principi di proporzionalità e necessità con le misure degli Stati restrittive del diritto al rimborso, occorre attendere, apparentemente, una nuova decisione della Corte di Giustizia.

[621] *Kohll*, par. 41. Così anche in *Müller-Fauré*, par. 72-73.

[622] C. GIUNTA, *op. ult. cit.*, p. 52.

[623] In particolare si fa riferimento a *Smits-Peerbooms* e *Elchinov.*

[624] A. NATO, *op. ult. cit.*, p. 584.

3.3.4 La previa autorizzazione

Venendo a questo aspetto della disciplina non ci si può esimere, di nuovo, di tenere a mente le decisioni della Corte del Lussemburgo, in particolare perché l'elemento della previa autorizzazione costituisce, forse, l'aspetto più dibattuto nelle cause pendenti di fronte a questa, oltre che il limite maggiore al diritto all'accesso alle cure transfrontaliere.

Di fatti la disciplina non si discosta molto da quanto stabilito nelle cause già esaminate, per cui non si denotano elementi particolarmente innovativi, ma merita di essere esaminata comunque.

S'inizi dicendo che nella Direttiva non vengono, come negli ulteriori profili della stessa, inclusi obblighi gravanti sugli Stati, bensì norme di principio.

Essa disciplina autorizzante, ed allo stesso tempo limitante la possibilità di richiedere una previa autorizzazione, è contenuta nell'art. 8, il quale esordisce stabilendo che esso sistema, per quanto prevedibile, 'è limitato a quanto necessario e proporzionato all'obiettivo da raggiungere, e non può costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei pazienti'[625].
Successivamente l'articolo definisce i casi nei quali esso sistema possa essere applicato, ed esso è prevedibile quando è necessario rispettare esigenze di pianificazione sanitaria, come si è già detto in precedenza, al fine di garantire a tutti l'accesso all'assistenza sanitaria, oltre che per motivi economici, in particolare quando l'assistenza 'i) comporta il ricovero del paziente in questione per almeno una notte, o ii) richiede l'utilizzo di un'infrastruttura sanitaria o di apparecchiature mediche altamente specializzate e costose'[626].
Non trascurando il fatto che questa previsione prende molto a cuore le esigenze economiche degli Stati, va detto che nei due casi successivi pare prevalere la tutela della salute umana, come motivo, ed in particolare si prevede che si possa assoggettare alla previa autorizzazione il diritto al rimborso se le cure sono rischiose per l'individuo o la popolazione, ovvero se il prestatore, su basi oggettive, paventa rischi circa la qualità dei suoi servizi, o la loro sicurezza.
Facendo di nuovo riferimento alla disciplina costruita nl tempo dalla CGUE, si legga il comma V dell'art. 8 il quale prevede i casi in cui tale autorizzazione, seppur sia il caso di assoggettarvisi il diritto al rimborso, non possa essere negata, e ciò avviene 'quando il paziente ha diritto all'assistenza sanitaria in questione, ai sensi dell'articolo 7 della presente direttiva, e quando l'assistenza sanitaria in questione non può essere prestata sul suo territorio entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico, sulla base di una valutazione medica oggettiva dello stato di salute del paziente, dell'anamnesi e del probabile decorso della

[625] Art. 8 D. 2011/24, I comma.
[626] Art. 8 D. 2011/24, II comma, lett. *a).*

sua malattia, dell'intensità del dolore e/o della natura della sua disabilità al momento in cui la richiesta di autorizzazione è stata fatta o rinnovata'[627].

In questa ricerca di equilibrio tra il non privare di senso e contenuto la Direttiva, se intesa come tutela del diritto alla salute e liberalizzazione del mercato, e rispetto delle competenze degli Stati nel disciplinare tale settore, si staglia il comma VI che, in tutta risposta al V appena citato, prevede i casi in cui tale autorizzazione possa essere rifiutata, e questi, di nuovo, fanno capo, come il II, alla tutela della salute umana e della sanità pubblica.

Si tratta di poter rifiutare l'autorizzazione se, successivamente ad un controllo[628], appare che l'assistenza sanitaria transfrontaliera, ovvero la prestazione stessa, possa costituire un rischio per la salute del paziente, o per la collettività, sia, si ripeta, data la natura della prestazione, o dell'assistenza, sia a causa della natura e della professionalità del prestatore.

L'ultimo caso previsto come motivo, possibile, per rifiutare la concessione della previa autorizzazione è di derivazione squisitamente giurisprudenziale, ed è quando 'l'assistenza sanitaria in questione può essere prestata sul suo territorio entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico, tenendo presente lo stato di salute e il probabile decorso della malattia di ogni paziente interessato'.

Come si diceva, non molto viene aggiunto rispetto al passato, tuttavia gli Stati potrebbero far uso non sempre corretto di tale facoltà, che per quanto censurabile, a posteriori, grazie alla Corte, di certo, in una fase iniziale, non incentiva alcuni pazienti, in particolare quelli che per l'appunto necessitano di cure particolari, data la lunga degenza, come l'unicità della malattia, ovvero della prestazione, ad accedere all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

3.3.5 Il rapporto con il Regolamento 883/04

Una volta esposti alcuni degli elementi più importanti della nuova disciplina preme mettere questi in rapporto con la disciplina, alternativa, del Regolamento 883/04, il quale non viene abrogato, ma si pone in un rapporto di alternatività con questa nuova.

Tale esame si vuole fare successivamente all'esposizione degli elementi prima visti in quanto, così facendo, si può spiegare meglio, quindi per soddisfare esigenze espositive chiare.

Si riparta dunque dall'ambito soggettivo delle due discipline, per cui 'la differenza tra il regolamento e la direttiva sta nel fatto che il primo si rivolge unicamente ai lavoratori residenti di uno Stato membro diverso da quello d'origine, ai loro familiari e superstiti e ai cittadini europei che seguono un percorso di studio o di

[627] Il riferimento automatico è al caso *Watts.*

[628] Controllo, ci si tiene a sottolineare, deve essere conforme ai limiti previsti dal I comma. Questi limiti devono essere letti conformemente alle sentenze della Corte, per cui la natura della prestazione non può costituire un limite come poteva essere nel caso *Smits-Peerbooms* in cui la terapia pioneristica ricevuta in Austria non rientrava nella definizione di "usuale" secondo le conoscenze della scienza medica nazionale, olandese.

formazione in un Paese diverso da quello di affiliazione, mentre la direttiva […] anche agli altri cittadini europei'[629].

Volendo far capo anche all'ambito oggettivo delle due discipline va detto che la Direttiva vanta una portata maggiore in quanto si applica, conformemente alla giurisprudenza precedentemente vista, sia alle cure ricevute presso strutture ospedaliere che non, private o pubbliche che siano, convenzionate o meno.

In tal senso il Regolamento del 2004 si limita alle strutture che fanno capo allo schema previdenziale dello Stato.

Anche nel Preambolo[630], in particolare per quanto concerne il rapporto con il Regolamento, si ripete che esso non è in alcun modo sostituito dalla presente Direttiva, bensì è affiancato dalla stessa, oltre ad essere previsto che in caso di sovrapposizioni tra i due, si applica la disciplina più vantaggiosa per il paziente.

Sulla base di ciò si vedano le differenza circa gli aspetti del diritto al rimborso e della previa autorizzazione.

Riguardo al primo di questi due aspetti va detto che 'il rimborso ai sensi della direttiva è, infatti, soluzione residuale per i casi in cui non si sia chiesta l'autorizzazione o non si possa per altre ragioni applicare il Regolamento 883/04'[631].

Tuttavia, i due sistemi di rimborso, quello della Direttiva e del Regolamento presentano delle differenze strutturali tra essi.

Della Direttiva si è visto che il rimborso è limitato, sia nel *quantum* che nel *quo modo*, per cui risulta essere svantaggioso rispetto a quello del Regolamento che rimane lo stesso del Regolamento precedente, già esaminato.

Sulla base di quest'ultimo, il rimborso al paziente che ha ottenuto l'autorizzazione, necessaria, è integrale, copre tutte le spese, calcolate sulla base delle tariffe del luogo di cura.

Inoltre al momento del pagamento non sarà il paziente a pagare, bensì l'autorità nazionale competente, che ha, altresì, rilasciato l'autorizzazione.

Inoltre, ai sensi del Regolamento, le spese accessorie, come quelle di viaggio, sono rimborsate anch'esse, mentre nella Direttiva esse sono lasciate alla scelta libera dello Stato d'affiliazione.

La vantaggiosità del sistema stabilito dal Regolamento non è mistificabile, dunque risulta chiaro, tornando a quanto detto in precedenza, che in caso di sovrapposizione delle sue prevale l'applicazione del primo rispetto alla Direttiva, come è previsto, così come leggibile nel Preambolo[632], che l'applicazione della seconda non deve costituire un'ingiustificata restrizione dei diritti scaturenti dal Regolamento.

[629] A. NATO, *op. ult. cit.*, p. 581.
[630] Si vedano i numeri da (28) a (32).
[631] C. GIUNTA, *op. ult. cit.*, p. 52.
[632] Sempre ai numeri da (28) a (31).

Per quanto concerne, infine, l'elemento della previa autorizzazione, la Direttiva si dimostra innovativa in quanto, recependo la rispettiva giurisprudenza, non subordina più, salvo casi eccezionali[633], il diritto al rimborso all'ottenimento dell'autorizzazione, che si dimostra invece, necessaria, se si procede secondo le regole stabilite dal Regolamento 883/04.

Fermi restando, quindi, i casi in cui questa debba essere richiesta, se all'esito della valutazione si palesa la possibilità per cui il paziente possa essere titolato all'ottenimento della previa autorizzazione sulla base delle regole stabilite dal Regolamento, essa venga rilasciata secondo l'applicazione di quest'ultime, con tutte le conseguenze, positive, che esso soggetto incontrerebbe, rimborso e facilità di spostamento.

3.3.6 La cooperazione tra gli Stati

Occorre ora muovere a vedere un ulteriore aspetto della Direttiva, che, va detto, da un certo punto di vista rappresenta l'aspetto più innovativo della disciplina.
Si tratta delle regole inerenti alla cooperazione tra Stati, nonché riguardo gli obblighi, gravanti su questi, di informare correttamente circa la disciplina inerente all'assistenza sanitaria i cittadini europei.
Si parta proprio da quest'ultimo aspetto, e si veda nel Preambolo cosa viene sancito, 'un'informazione adeguata su tutti gli aspetti essenziali dell'assistenza sanitaria transfrontaliera è necessaria affinché i pazienti possano concretamente esercitare i loro diritti in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera'[634].
Dunque, come appare anche intuibile, la mancanza d'informazione renderebbe lettera morta ogni previsione della Direttiva, in quanto senza informazioni i cittadini, se non all'oscuro della possibilità di accedere a tale forma di tutela della salute, di sicuro si sentirebbero limitati dalla mancanza di conoscenze[635].
L'obbligo di informazione, a cui si era fatto riferimento, vale per tutti gli Stati, ed in particolare, delle disposizioni diverse sono previste in base a se si tratti di Stato d'affiliazione o Stato di cura, per cui le informazioni che saranno, questi, tenuti a provvedere saranno diverse in base al tipo di necessità a cui tali informazioni daranno risposta.
Indipendentemente, però, dalla diversità delle informazioni da mettere a disposizione dei cittadini, tutti gli Stati hanno l'obbligo di costituire dei 'Punti di contatto nazionali', attraverso i quali assolvono, proprio, a questo loro obbligo informativo.
Stabilisce, non a caso, l'art. 6 che 'i punti di contatto nazionali facilitano lo scambio di informazioni di cui al paragrafo 3 e cooperano strettamente tra di loro e con la Commissione'[636].

[633] Il riferimento è all'art.8 D. 2011/24.
[634] Preambolo n. (48).
[635] Va ricordato, a riguardo, che uno dei problemi tipici dell'assistenza sanitaria transfrontaliera è proprio la differenza culturale, e linguistica, dei vari Paesi, se non dei sistemi sanitari stesi, per cui il ravvicinamento degli stessi mira da un lato ad affievolire, nella pratica, tali differenze, dall'altra a garantire un'omogenea qualità dell'assistenza sanitaria.
[636] Art. 6 D. 2011/24, II comma.

Ora, il punto di contatto dello Stato d'affiliazione, data la sua posizione, sarà tenuto a fornire informazioni ai cittadini per rendergli noto se 'esistano dei meccanismi i quali consentano di fornire su richiesta ai pazienti le informazioni sui loro diritti in detto Stato membro riguardo la possibilità di ricevere un'assistenza sanitaria transfrontaliera, in particolare per quanto riguarda i termini e le condizioni di rimborso dei costi ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 6, e le procedure di accesso e definizione di tali diritti e sui mezzi di ricorso e tutela nel caso in cui i pazienti ritengano che i loro diritti non siano stati rispettati'[637].

Dunque, come anticipato, senza un'informazione di questo tipo le previsioni della Direttiva non troverebbero applicazione, per cui l'obbligo gravante sullo Stato d'affiliazione.

Rispettivamente, lo Stato di cura invece sarà tenuto a fornire indicazioni ed informazioni, ai cittadini, tramite il proprio punto di contatto nazionale, circa i prestatori presenti di servizi medici nel proprio territorio, le loro qualifiche, gli standard di sicurezza, qualità che questi rispettano, 'ivi comprese, su richiesta, le informazioni sul diritto di un prestatore specifico di prestare servizi o su ogni restrizione al suo esercizio, le informazioni di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera a), nonché le informazioni sui diritti dei pazienti, sulle procedure di denuncia e sui meccanismi di tutela, conformemente alla legislazione di detto Stato membro, come pure sulle possibilità giuridiche ed amministrative disponibili per risolvere le controversie, anche in caso di danni derivanti dall'assistenza sanitaria transfrontaliera'[638].

Quanto appena riportato, tuttavia, non è limitato allo Stato di cura, ma per quanto possibile, le medesime informazioni devono essere fornite, presso il proprio punto di contatto, anche dallo Stato d'affiliazione.

Ora si dica anche degli obblighi informativi che gravano sugli stessi prestatori nel luogo di cura, per cui, una volta che i punti di contatto nazionali abbiano fatto in modo che i cittadini abbiano ricevuto su questi le informazioni principali per poterli scegliere, ovvero contattare, spetta anche a questi fornire informazioni sugli aspetti più specifici della prestazione.

L'art. 4, al II comma, lett. *b)*, prevede che questi 'forniscano informazioni pertinenti per consentire ai pazienti di compiere una scelta informata, fra l'altro sulle opzioni terapeutiche, sulla disponibilità, qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria da essi prestata nello Stato membro di cura'.

I cittadini in tal modo vedono corrisposte, almeno in parte, le loro esigenze terapeutiche, nel senso che senza informazioni circa le terapie e le modalità, la loro scelta, oltre che più inconsapevole, sarebbe anche più difficile da prendere[639], ed il tutto è da distinguere rispetto al diritto al consenso informato, che invece fa parte di un'altra dinamica di rapporto medico-paziente[640].

---

[637] Art. 5 D. 2011/24, I comma lett. *b).*

[638] Art. 6 D. 2011/24, III comma.

[639] In passato, di fatti, un problema che limitava la mobilità transfrontaliera dei cittadini, per ricevere cure mediche, era proprio basata sulla differenza terapeutica, nel senso che un cittadino di uno Stato membro si fidava, almeno in una fase iniziale, solo delle modalità da questo/a già conosciute, rifiutando modalità terapeutiche diverse, anche se poi si rivelavano altrettanto efficaci.

[640] Sulla differenza si rimanda a quanto scrive C. GIUNTA, *op. ult cit.*, p. 59-60.

Per concludere sempre sugli stessi fornitori, questi saranno obbligati anche a fornire ai pazienti le fatture sulle spese sostenute, in una maniera chiara, non equivoca, così che, sulla base delle spese ivi riportate, questi possano concretizzare il diritto al rimborso una volta rientrati nello Stato d'affiliazione che prenderà a carico le stesse.

Come ultimo obbligo informativo d'assolvere, dallo Stato di cura al paziente, gli si devono mettere a disposizione 'al fine di garantire la continuità della cura, […] una cartella clinica, scritta o elettronica, in cui si è registrato il trattamento in questione, nonché all'accesso ad almeno una copia di tale cartella clinica in conformità e senza pregiudizio delle misure nazionali che attuano le norme dell'Unione relative alla tutela dei dati personali'[641].

Infine, e pare quasi irrilevante riportarlo, ogni Stato dovrà fornire informazioni circa 'le coordinate dei punti di contatto nazionali di altri Stati membri'[642].

Quanto appena detto in merito all'obbligo degli Stati d'informare i cittadini si lega molto da vicino con il secondo aspetto della Direttiva da passare in esame, che si diceva riguardare il coordinamento fra gli Stati.

Senza informazioni adeguate ciò non sarebbe possibile, ed anche scambiare informazioni tra gli stessi, grazie ai rispettivi punti di contatto nazionale, corrisponde ad un modo di coordinamento tra i vari Stati ed i vari sistemi sanitari nazionali, che non si dimentichi, sono tenuti a fornire informazioni sui propri prestatori[643], e sulle proprie peculiarità, così come devono rendere note, le medesime, anche circa gli altri Stati.

Va detto, sin da ora, che il coordinamento degli Stati costituisce un'innovazione non trascurabile apportata dal contenuto della Direttiva, in quanto, se si prende in considerazione lo scopo facente capo alla base giuridica con cui essa è stata emanata, l'art. 114 TFUE, il coordinamento tra gli Stati è il mezzo migliore per poter creare davvero un mercato interno in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera poiché, ferma restando l'importanza del diritto al rimborso, e della limitatezza dell'uso della previa autorizzazione, esso coordinamento costituisce la base per questo settore del mercato interno inerente ai servizi.

Venendo, quindi, al contenuto della Direttiva al riguardo, esse regole sono contenute nel Capo IV della Direttiva, artt. 10 e successivi.

I principali settori che vengono investiti riguardano la mutua assistenza tra gli Stati, così da facilitare la realizzazione della Direttiva[644], il riconoscimento delle prescrizioni mediche rilasciate in altri Stati

[641] Art. 4 D. 2011/24, II comma lett. *f).*

[642] Art. 6 D. 2011/24, II comma.

[643] Scrive la Giunta che questa modalità di fornire informazioni sui propri prestatori, e sulle loro caratteristiche, oltre che assolvere un obbligo a favore dei cittadini, permettendogli di realizzare, se desiderano, la scelta di ricevere cure transfrontaliere, è anche una perfetta declinazione del sistema mercantilistico, in quanto fornire informazioni di quel tipo, corrisponde, riassunto in breve, come a mettere in vetrina i propri prestatori, in quanto fornitori di servizi. Questo è anche il motivo per cui le regole circa il consenso informato non sono oggetto della Direttiva, oltre che rispettare la potestà degli Stati in materia, non è, quello del consenso informato, un elemento su cui regolare 'il corretto funzionamento del mercato.

[644] Art. 10 D. 2011/24.

membri[645],il trattamento, la ricerca e la cura delle malattie rare[646], il nuovo settore della medicina online[647] (*E*-healthcare), ed infine lo scambio di nuove tecnologie[648].

Senza entrare nello specifico di ogni disciplina, in quanto vengono fissate, nella Direttiva, delle regole generali, vanno sottolineate le peculiarità, e l'importanza di queste.

In particolare si dica della disciplina inerente alle malattie rare.

La Direttiva tratteggia un sistema in cui avvenga una cooperazione tra i punti di contatto nazionale con i centri di eccellenza circa lo studio e la cura di alcune malattie rare, e, tra gli obiettivi, si riporti che queste reti mirano 'a realizzare, a beneficio dei pazienti e dei sistemi di assistenza sanitaria, le potenzialità della cooperazione europea in materia di assistenza sanitaria altamente specializzata mediante l'utilizzo delle innovazioni della scienza medica e delle tecnologie sanitarie' [649]; 'contribuire alla condivisione di conoscenze in materia di prevenzione delle malattie' [650]; 'migliorare la diagnosi e l'erogazione di un'assistenza sanitaria di qualità, accessibile ed economicamente efficiente per tutti i pazienti affetti da patologie che richiedono una particolare concentrazione di competenze nei settori medici in cui la competenza è rara'[651].

A questi, che sono alcuni degli obiettivi da raggiungere grazie a questa sinergia medica tra gli Stati, si devono aggiungere altri che mirano a finalità di natura più economica, come frutto di tale collaborazione.

Nonostante ciò, però, si vede come la collaborazione tra gli Stati possegga in se il seme di grandi finalità sociali, s'intende che grazie al lavoro sinergico degli Stati, la tutela della salute, transfrontaliera o meno, può uscirne solo che rafforzata, andando a realizzare finalità sociali che, anche se paventate nel Preambolo, non sono proprie del contenuto della Direttiva.

Infine altro aspetto rilevante della cooperazione tra gli Stati, è la possibilità di ottenere il riconoscimento, in tutti gli Stati, delle prescrizioni mediche rilasciate in un altro.

Già nel Preambolo si faceva riferimento a tale necessità, e di fatti si anticipava che 'la presente direttiva dovrebbe contemplare non solo la situazione in cui al paziente è prestata assistenza sanitaria in uno Stato membro diverso dallo Stato membro di affiliazione, ma anche la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici, ove quest'ultimi vengano forniti nel contesto di un servizio sanitario. La definizione di assistenza sanitaria transfrontaliera dovrebbe comprendere sia la situazione in cui un paziente acquista tali medicinali e dispositivi medici in uno Stato membro diverso dallo Stato membro di

[645] Art. 11 D. 2011/24.
[646] Artt. 12 e 13 D. 2011/24.
[647] Art. 14 D. 2011/24.
[648] Art. 15 D. 2011/24.
[649] Art. 12 D. 2011/24, II comma lett. *a).*
[650] Art. 12 D. 2011/24, II comma lett. *b).*
[651] Art. 12 D. 2011/24, II comma lett. *c).*

affiliazione, sia la situazione in cui un paziente acquista tali medicinali e dispositivi medici in un altro Stato membro diverso da quello in cui è stata rilasciata la prescrizione'[652].

In effetti, appare un corollario logico indispensabile quello per cui un cittadino possa acquistare medicinali a questo necessari, dato il suo stato clinico, in uno Stato diverso, grazie alle ricette mediche rilasciate in altri Stati.

Questo appena descritto è un volto dell'assistenza sanitaria transfrontaliera che la Direttiva ha il merito di non aver tralasciato.

In particolare i medicinali oggetti della stessa, che possono quindi essere acquistati in forza di prescrizioni rilasciate in Stati diversi da quello di acquisto, sono quelli che, come si diceva nelle pagine precedenti, sono stati immessi sul mercato grazie ad atti dell'UE, quindi sono medicinali 'la cui immissione in commercio è autorizzata sul loro territorio ai sensi della direttiva 2001/83/CE o del regolamento (CE) n. 726/2004'[653].

Senza cadere nella ridondanza, è opportuno, ad ogni modo, ripetere che, alla luce anche di quanto appena detto, le norme circa il coordinamento degli Stati, grazie altresì all'obbligo di scambio, e fornitura, d'informazioni, costituiscono un elemento particolarmente innovativo della Direttiva, dalle potenzialità molto ampie circa la concreta tutela della salute dei pazienti europei.

Inoltre non sono il frutto degli approdi giurisprudenziali come le regole viste in precedenza, per cui fanno capo ad un'iniziativa politica che, anche se nel resto della Direttiva è coperta dalle istanze mercantilistiche dell'UE e del rispetto delle regole sul mercato interno, traspaiono delle finalità sociali indiscutibili, dalle quali l'UE, di nuovo, dovrebbe ripartire, anche in vista della necessità di affrontare sfide future[654] che potrebbero mettere a dura prova la fragilità degli schemi, e delle economie, nazionali, per affrontare le quali la migliore risposta deve parlare le diverse lingue, unite, dell'Unione Europea.

[652] Preambolo n. (16).
[653] Art. 11 D. 2011/24, I comma.
[654] Il riferimento è all'emergenza sanitaria da nuovo Coronavirus, attualmente in corso mentre si scrive, per la quale la risposta Europea appare la più soddisfacente.

CAPITOLO III

1.La Salute nel Mercato Interno

In quest'ultima parte di questa ricerca si sposterà il discorso su altri termini, e su altre finalità, che vedranno alla base, come importante premessa, quanto detto nei due capitoli precedenti.

In particolare, sarà ora il momento di muovere il discorso verso una valutazione meno obiettiva e distaccata degli effetti che derivano dai contatti tra l'ordinamento sovranazionale europeo, e quelli nazionali degli Stati membri, specificatamente nel settore della tutela della salute, dove occorre tenere a mente la divisione di competenze che nei Trattati è definita, tra questi soggetti.
Molti spunti ed accenni sono stati anticipati nel corso della trattazione che precede, sia in riferimento all'ordinamento italiano, fermo restando che alcune valutazioni non sono specifiche e proprie solo di quest'ultimo, bensì sono comuni a tutti i Paesi[655], sia in riferimento all'ordinamento europeo, dove si è avuto ampio modo di vedere come le politiche degli organi dell'UE abbiano avuto effetti, alle volte più, alle volte meno importanti, sulle sfere di competenza degli Stati membri.

Nel voler compiere questa analisi, rimanendo nell'ambito della tutela della salute, come detto, appare inevitabile riprendere in considerazione la divisione di competenze tra Stati membri ed Unione, in particolare per quanto concerne l'assistenza sanitaria che, come già visto, è, o potrebbe essere, il settore dove l'azione dell'UE può maggiormente sconfinare nell'ambito di competenza degli Stati.
In effetti, questo eccesso di competenza dell'azione europea, sconfina in un settore dove è riposto, altresì, un particolare interesse degli Stati, sia dato il carattere sociale del settore, la tutela della salute, sia dato il carattere economico di questo, in quanto è uno degli ambiti in cui, ferme restando le debite differenze, viene investita la maggior quantità di spesa pubblica.
Ciò nondimeno, il settore dell'assistenza sanitaria è cosa ben diversa dalla tutela della salute quando riveste la forma di azioni inerenti alla sanità pubblica.
Di fatti in quest'ultimo ambito si è detto come l'azione europea si sia pian piano fatta largo tra le incertezze degli Stati, e come questi, in alcuni momenti, abbiano anche ben voluto un'azione di dimensione europea. Nell'ambito, invece, dell'assistenza sanitaria, l'art. 168 TFUE esprime con parole inequivocabili come '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"[656].

[655] Il riferimento in tal caso, così da comprendere meglio, è alla disciplina della mobilità transfrontaliera, dove si è visto come la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, con il suo decisivo intervento, ha travalicato le differenze strutturali dei singoli sistemi sanitari, introducendo una disciplina che è risultata applicabile ai sistemi di ogni natura.
[656] Art. 168 TFUE, VII comma.

Dunque valutare gli effetti delle politiche europee in tal settore ha un'importanza da non sottovalutare, in quanto, sebbene formalmente non appaia giustificata con norme di diritto europeo primario, potrebbe costituire una novità da accogliere di buon grado.
Volendo riprendere il parallelismo con la sanità pubblica, nonostante l'assistenza sanitaria sia dotata di caratteri completamente diversi rispetto alla prima, in quanto prevede una partecipazione attiva delle autorità pubbliche a dar corpo a politiche sociali circa la tutela della salute[657], con impiego di risorse umane ed economiche, si può vedere come nel primo settore l'azione dell'UE ha dovuto scontrarsi con le barriere, quasi ideologiche, poste dagli Stati nazionali.
Allo stesso modo potrebbe essere auspicata un'azione dal destino simile, vale a dire che la determinazione delle autorità europee potrebbe oltrepassare le divergenze e le, anche giustificate, incertezze degli Stati, aprendo la strada ad una competenza dell'UE in merito all'assistenza sanitaria.

Tutto ciò va dunque ricollegato a quanto detto in precedenza, poiché dell'ordinamento europeo si sono visti lati poco inclini all'avvalorare le tutele sociali, per cui in alcuni momenti l'azione dell'UE potrebbe risultare più perniciosa che vantaggiosa, e quindi gli Stati risulterebbero come ultimi baluardi a difesa di un modello di *welfare*, che si spera essere di dimensione europea, messo a rischio da decisioni, atti e politiche provenienti dall'ordinamento sovranazionale.

Dunque si vedrà ancora il rapporto tra la tutela della salute ed il mercato interno, elemento fondamentale dell'UE e perno della maggior parte delle sue politiche., poiché si è visto come alle volte le regole governanti quest'ultimo non sempre possono essere declinate a favore della tutela della salute, e della dimensione sociale dell'azione volta a tale obiettivo.

Successivamente si vedrà proprio il Modello Sociale Europeo, i suoi fondamenti e la difficoltà di coniugare quest'ultimo con la politica di *austerity* che ha preso avvio successivamente alla crisi recessiva del 2008. In particolare si dovrà passare in rassegna la strada che tale modello di politica traccia, cercando di collocare su questa le tutele sociali che gli Stati "generosi" garantiscono, o garantivano, ai propri cittadini. Per meglio dire, rimanendo in tema di tutela della salute, si dovranno valutare gli effetti di questa politica sui sistemi sanitari, prendendo in considerazione due fattori principali, la tendenza a privatizzare la sanità, ed i tagli alla spesa di quest'ultima.
Un piccolo rimarco da fare su quest'ultimo punto è quello per cui la privatizzazione del settore sanitario crea una sorta di circolo vizioso.

[657] Volendo tenere a mente quanto detto in merito all'ordinamento italiano, si diceva che lo Stato era gravato da un'obbligazione nei confronti dei cittadini, o meglio degl'individui, sia nel garantire, in senso negativo, che nessuno ledesse alla salute come diritto di libertà, sia nell'assolvere il suo impegno a ripristinare o migliorare questa, con politiche sociali, (la dimensione sociale della salute).

Volendo analizzare il rapporto tra la salute, la sua tutela, ed il mercato interno, si vedrà che effetti possa avere l'applicazione, in particolare, delle regole inerenti alla tutela della concorrenza[658] sul settore dell'assistenza sanitaria, dove l'esenzione di tale applicazione vale solamente per imprese eroganti servizi di interesse economico generale[659].

Privatizzare il settore sanitario, dunque, permette l'entrata in gioco di nuove imprese private, che creano concorrenza a quelle, spesso pubbliche, che erogano il servizio con fini solidaristici, e si va dunque a definire un mercato, sanitario, interno agli Stati membri, dove l'applicazione delle regole tutelanti una leale concorrenza non trova alcuna ragione di esclusione.

"Il potere dello Stato, che viene esercitato nella sfera politica, è soggetto al controllo democratico. Un tipo diverso di controllo viene imposto agli operatori economici che agiscono su un mercato; la loro condotta è inquadrata dal diritto della concorrenza. Quando però lo Stato agisce in qualità di operatore economico, non sembra giustificabile sottrarre la sua azione a qualsiasi controllo"[660].

Con queste parole dell'Avv. Generale Maduro si può spiegare, e chiudere, il circolo vizioso di cui si diceva.

Le imprese che entrano nel mercato creato grazie all'attività di privatizzazione di alcuni, o interi, elementi del settore sanitario, creando concorrenza alle imprese pubbliche, pongono quest'ultime in una situazione di possibile difficoltà se si tratta di erogazione di servizi d'interesse economico generale, in quanto, come detto dall'Avv. Generale, lo Stato si trova sotto un duplice fascio di regole di controllo, quelle democratiche e delle regole sulla concorrenza, mentre le imprese private sottostanno solo a quest'ultime.

Spesso per sopperire a tali difficoltà i Governi si trovano costretti, per diminuire la spesa, se non perché dovuto da obblighi esterni[661], a privatizzare ancor di più, creando, o rafforzando, sempre di più il mercato composto da vari attori, tra cui le imprese pubbliche sottostanti, quindi, alle regole della concorrenza, così come le altre.

Altra strategia applicabile è quella, proprio in conformità a questa impostazione economicistica dovuta alle regole che disciplinano il mercato interno, per cui le imprese pubbliche agiscono secondo logiche di mercato[662], però anche qui si rileva la difficoltà di conciliare l'erogazione di servizi aventi ad oggetto diritti sociali, come è quello alla salute, con le logiche di efficienza proprie delle imprese economiche.

---

[658] Artt. da 101 a 106 TFUE.
[659] Art. 106 TFUE.
[660] Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, presentate il 10 novembre 2005, par. 26.
[661] In questo caso il riferimento è alle politiche di *austerity*, in materia di *governance* economica europea, che impongono una controllo sulla spesa che si ripercuote anche nel settore sanitario.
[662] Su questo sfondo si staglia perfettamente il D.lgs. 502/92 che ha determinato la trasformazione in aziende delle Unità Sanitarie Locali, sottoponendole a quelle regole, e logiche, economiche, facenti capo ai principi di efficienza, efficacia, trasparenza, ed economicità, altrettanto care all'ordinamento europeo.

Dunque l'azione di privatizzazione di alcuni settori dei sistemi sanitari rischiano di avere tali effetti, dove il peggiore dei quali è l'erosione del modello di *welfare* che si è costruito con difficoltà, e tali effetti potrebbero assumere questa circolarità dalla quale uscire appare difficile.
Per questo motivo si propone la necessità, anche nel settore dell'assistenza sanitaria, così come avvenne in quello della sanità pubblica, di un superamento delle singole politiche nazionali, in favore di un'azione di carattere europeo, a patto che ciò avvenga sulla base, e nel rispetto, di alcuni principi che si è detto, e si dirà meglio, essere alla base dell'ordinamento europeo, come la democrazia, la libertà, l'uguaglianza sociale, e le pari opportunità.

Si diceva dell'UE che deve riscoprire il suo lato sociale, da contrapporre a quello basato su logiche di mercato, e per questo motivo si analizzerà il comportamento di questa nella gestione della crisi sanitaria, ed economica derivante dalla diffusione del nuovo coronavirus COVID-19.
Si dovrà vedere che tipo di soluzioni si predneranno, o ci si accinge a prendere, ipotizzando, o analizzandone la portata, così da valutare se davanti ad un'occasione, purtroppo generatasi da una crisi che conta innumerevoli perdite, questo lato sociale prevalga, magari aprendo la strada ad una riforma importante.

1.1. Le regole sulla concorrenza

1.1.1 Un'introduzione

Nel capitolo precedente si è già fatto cenno alle possibili forme che il rapporto tra la tutela della salute e le regole sul mercato interno possa prendere.
In particolare si è visto il rapporto con solo un macro-gruppo di queste regole, vale a dire, quelle inerenti alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali.
Come si ricorderà, sono stati presentati sia aspetti positivi che aspetti negativi di questo rapporto, e ciò si è inserito all'interno di un discorso che riguardasse non solo l'assistenza sanitaria, come volto della tutela della salute, bensì anche l'altro volto, quello della tutela della sanità pubblica[663].
Un aspetto che si era sottolineato era come, sia che questo rapporto assumesse connotati postivi oovero negativi, il perno centrale intorno al quale si erge questa relazione fosse la volontà dell'UE di costituire e rafforzare un mercato interno.

Ebbene bisogna riprendere, e ripartire da, questo punto per poter sviluppare ancor più a fondo l'analisi del rapporto tra le regole che caratterizzano il mercato interno e la tutela della salute, e ciò verrà fatto

[663] Riguardo quest'ultimo punto si era riportato un esempio in particolare, in merito alla libera circolazione dei dispositivi medici, così come l'uso dei coloranti nei cibi.

prendendo in considerazione l'altro macro-gruppo di regole poste a salvaguardia del (corretto) funzionamento del mercato, vale a dire le regole sulla concorrenza[664].

Occorre riportare la motivazione alla base della decisione di collegare quanto detto in merito agli effetti delle regole sulla libera circolazione nel mercato interno circa la tutela della salute.

Le regole che governano una leale concorrenza nel mercato fra i vari operatori possono essere ascritte alle prime in quanto sono caratterizzate da un obiettivo comune, quello del rafforzamento del mercato ed il suo sviluppo, ma anche da un ulteriore elemento, la visione del mercato come meccanismo per operare una redistribuzione sociale della ricchezza.

'The basic point to be made at this stage is a simple one: the underlying purpose of the competition provisions is based on that of competitive markets as the best means of achieving two objectives. The first is that of maximizing economic efficiency through ensuring that goods are allocated to those who are prepared to pay most for them and that goods are produced at the lowest possible cost. The second is that of maximizing consumer choice through encouraging the entry into the market of competing suppliers'[665].

Come riportano l'autore nel suo testo, e come si sta sostenendo qui, le regole sulla competizione sono strumentali al raggiungimento di un obiettivo, reso possibile dalle regole sulla libera circolazione, che tendono, ad ogni modo, allo stesso raggiungimento.

Entrambi questi fasci di regole, di fatti, sono accomunati dall'idea sottostante che il mercato, se funzionante, ed a questo servono le regole che garantiscono una leale concorrenza, sarà "l'organismo" che provvederà ad una redistribuzione sociale delle ricchezze, in quanto i fattori di produzione si sposteranno verso le aree meno economiche e più povere, portando a queste il tesoro dello sviluppo economico.

Dato quanto si dirà a breve, occorre portare più a fondo questa premessa iniziale, così da comprendere meglio l'analisi di quanto seguirà, oltre che poter sviluppare una possibile valutazione degli effetti delle politiche europee.

Bisogna portare questa premessa ad elaborare alcune considerazioni, e teorie, di base che sostengono scelte politiche orientate ora più verso il mercato, ora più verso la tutela dei diritti sociali.

Bisogna innanzitutto notare una differenza di base tra gli ordinamenti nazionali, e quello italiano è un perfetto esempio, e l'ordinamento sovranazionale europeo.

---

[664] Artt. da 101 a 106 TFUE.

[665] T. PROSSER, *EU competition law and public services*, p. 317, in E. MOSSIALOS G. PERMANAND R. BAETEN T. HERVEY, *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Nei primi, e quindi anche in quello italiano, si trovano disposizioni che elevano al rango più alto, quello costituzionale, sia la libertà d'iniziativa economica[666], che gli interessi economici ad essa sottesi, sia altre libertà, come il diritto alla salute[667] nella sua veste di diritto di libertà, oltre che diritto sociale.

Nelle politiche della gran parte degli Stati, quindi, al momento della loro formazione questi due interessi, se non diritti, ricevono una tutela pari, che ora vede uno sbilanciarsi in un lato, ora nell'altro, ma il tutto nella garanzia di un processo di formazione di una politica in cui si può giudicare la maniera in cui si siano ponderati questi elementi.

Nell'ordinamento europeo, invece, i Trattati tutelano, al rango di diritto primario, solamente le regole che concernono la formazione ed il rafforzamento del mercato interno, in particolare si vedano i due macro-gruppi appena citati inerenti alla libera circolazione ed alla garanzia di una leale concorrenza.

Per quanto concerne le politiche sociali, questo termine non è del tutto escluso dal testo dei Trattati, però va detto che, sebbene inserite delle finalità sociali nello scopo dell'Unione, queste non vengono sorrette da altrettante competenze specifiche, se non esclusive, dell'UE.

Il caso della tutela della salute, sia che si tratti di sanità pubblica ovvero di assistenza sanitaria è calzante, in quanto dimostra, in entrambi i casi, una debolezza delle previsioni a favore dell'iniziativa europea, rendendo, infine, le finalità sociali inerenti alla tutela della salute alla mercé degl'interessi economicisti vicini alle regole disciplinanti il mercato[668].

Questa prima nota è importante per portare più a fondo la premessa che si sta sviluppando, oltre che per colorare di più sfumature il difficile rapporto che, si è visto, si crea nel settore della tutela della salute tra gli organi europei, e gli Stati.

Questi ultimi mantengono un approccio diverso da quello europeo in quanto, come si diceva, nella maggior parte dei casi, quando si trovano a dover compiere delle scelte che oscillano tra politica economica e sociale, devono ponderare due diversi, e spesso contrapposti interessi, la tutela della salute, o gli interessi economici.

Si vedrà, quindi, che tipi di contrasti sorgono, in seno all'UE, tra queste finalità sociali e quelle di corretto funzionamento di mercato, dove, si ripeta, quest'ultime trovano una base decisamente più ampia, a sostenerle, rispetto a quelle che riguardano diritti sociali.

---

[666] In particolare i rapporti economici sono disciplinati nella Costituzione Italiana dagli artt. 35 a 47, e l'art. 41 è quello che espressamente prevede che l'iniziativa economica privata sia libera.

[667] Art. 32 Cost.

[668] In particolare si deve sottolineare come l'UE non assume, a differenza, ad esempio, dello Stato italiano, nessuna obbligazione circa la tutela della salute. Se si vede la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 35, si vede come la disposizione solamente riconosce un diritto agli individui, ma, in coerenza con le altre disposizioni ivi contenute, non attribuisce alcun obbligo in capo all'UE, ed alle sue istituzioni, di fornire soddisfazione a tale diritto, tuttavia esistente e tutelato.

Si provi a trovare una ragione a quanto si sta dicendo, nel senso di tentare ad indagare nei trascorsi evolutivi dell'UE, così come si è fatto sia parlando dell'ordinamento italiano che di quello europeo, la ragione di questa differente posizione rispetto a questi due interessi.

Questa indagine dovrà indagare, o perlomeno ha l'ambizione di farlo, la ragione per cui l'UE assuma, alcune volte, un atteggiamento troppo mercantilistico, troppo orientato alla sola integrazione economica dei Paesi membri, oscurando finalità altrettanto importanti.

Un'interessante prospettiva affonda le sue radici sempre nella storia, e analizza la nascita del *welfare state*, trovando diversi radici in diversi modelli che si sono sviluppati in seno ad alcuni dei maggiori Stati membri dell'Unione[669].

In particolare prendeva in considerazione la diversa attitudine, nel corso del XV secolo e per tutto il corso della storia moderna[670], di alcuni Paesi a disciplinare la 'povertà', nel senso che in alcuni Stati vi erano delle leggi a favore, e sostegno, dei poveri, e tali leggi assumevano connotazioni differenti in base alla corrente religiosa che andava per la maggiore.

Le tre grandi correnti che percorrevano l'Europa meridionale e continentale erano quella Cristiano Cattolica, Calvinista e quella Luterana.

'Roman Catholicism remained closest to a charitable "feed the poor" attitude. In the course of the Counterreformation, the "Council of Trent [1545–1563] confirmed the traditional principles of poor relief and disapproved of the repression of begging […] Calvinism, in contrast, squarely embraced a harsh work ethic. "Calvin excoriated begging and instead insisted that beggars should work, and that indulgences and almsgiving were emblematic of the corruption of the Church. He condemned those who 'live by others' instead of 'labouring with their own hands' as 'no better than a violent man and a robber'" (Calvin cited in Kahl 2009 : 274). And Lutheranism defined a position somewhat in between, uplifting the status of work to an activity pleasing God and as a means to escape poverty. This implied that not working meant poverty and this meant displeasing God. The poor had to work, but "once they do, they have a right to a minimum standard of living; if they cannot work or if there is no work, they should still be supported" (Kahl 2009 : 271).'[671].

Queste sono dunque le posizioni di queste correnti religiose, e saranno dei volani importanti, con le loro credenze ed ideologie di fondo, nell'evoluzione delle leggi inerenti alla tutela dei poveri, che poi sfoceranno nelle prime disposizioni costituenti il c.d. *welfare state*.

[669] Per un approfondimento si veda K. VAN KERSBERGEN B. VIS, *The logic of welfare state*, in K. VAN KERSBERGEN, *Comparative Welfare State Politics : Development, Opportunities, and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
[670] S'intendono gli anni che seguono la scoperta dell'America fino alla Restaurazione, il Congresso di Vienna di inizio '800.
[671] K. VAN KERSBERGEN B. VIS, *op. ult. cit.*, p. 33.

D’altro canto esisteva una posizione ulteriore, rispetto alle tre appena elencate, e non aveva nessuna radice nella religione, bensì le affondava nella tradizione mercantilistica, che era propria, nello specifico, del Regno Britannico, così come anche del popolo olandese dell’epoca.

‘Conversely, the nonreligious, mercantilist economic tradition stressed that the poor were valuable because they provided labor (Rimlinger 1971 : 14–15). For society’s best interest it was crucial that the poor continued working; otherwise they would not provide benefits for a wealthy society. The poor had to be kept poor and numerous, but their natural inclination was to remain idle, if they were not forced to work (Rimlinger 1971 : 17–18). So, here poor relief was primarily creating work for the poor and their children, accompanied by repression and subsidized wages (Rimlinger 1971 : 19)’[672].

Questa visione mercantilistica (della povertà) si basa su dei connotati che scindono l’individuo, in particolare lo assumono a numero, forza lavoro, rendendo la sua condizione una mera espressione strumentale della sua personalità, adatta a renderlo un lavoratore più o meno efficace ed essenziale.

Questa visione, così come le altre, si protrarrà fino alla rivoluzione industriale del XIX secolo, dove la condizione di povertà assumerà una forma diversa da quella precedente dove il lavoro era principalmente agricolo, ed artigiano, e verrà, in particolare, affiancata da minacce che gravano altresì sullo stato di indigenza economica, e sono in particolare le malattie scaturenti dalla poche tutele igieniche e sanitarie che non hanno accompagnato la parallela rivoluzione dell’industria, e del lavoro in essa compiuto.

Va detto, altresì, che nel periodo appena considerato, in particolare nel Paese anglosassone dove tale posizione mercantilistica si è sviluppata, furono ideate ed esposte le prime teorie di una nuova scienza, e disciplina, quella economica, che cominciava ad assumere importanza nelle dottrine sociali.

Queste prime, e famose, teorie, erano favorevoli al liberismo economico, che si è poi, e si è visto nel primo capitolo, diffuso in tutta l’Europa[673].

Quanto detto costituisce il crocevia per uno sviluppo differenziato che investirà, in particolare, gli Stati dell’Europa continentale ed il futuro Regno Unito.

Nello specifico, nel momento storico in analisi, prenderanno forma due modelli di *welfare* diversi che dagli studiosi vengono definiti come ‘modello di *welfare* Continentale’ e ‘modello di *welfare* anglosassone’[674].

Ed è proprio qui che questa indagine deve soffermarsi, in quanto questi due modelli, di cui rispetto al primo il Paese che maggiormente lo rappresenta è la Francia, rappresentano, nella loro contrapposizione,

---

[672] *Ibid.*, p. 33-34.

[673] si ricorderà, a proposito del I capitolo, che si diceva come lo Stato ottocentesco, nel mettere in campo le prime discipline inerenti alla tutela della salute, era nella posizione poco interventista, sia nel mondo economico che in quello sociale. E ciò è un po' un cane che si morde la coda in quanto uno Stato che non investe nel settore economico, e ciò ancor più vero nella realtà odierna, sarà uno Stato che non riuscirà a generare ricchezza nella popolazione, dunque la fiscalità generale non permetterà un aumento delle entrate per quest’ultimo, che quindi non sarà munito di risorse necessarie per investire in settori come quelli sociali dove non è sempre prevedibile il generarsi di un profitto (si pensi al settore scolastico o culturale dei musei).

[674] T.K. HERVEY J.V. MCHALE, *European Union health law*, p. 227 e ss., Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

la contrapposizione stessa che, in seno all'UE, si crea tra una visione mercantilistica, economicista, e quella fondata su un pilastro sociale.

'Claus Offe […] explains that these two welfare paradigms are in a non-equal relationship to one another. Just as it is easier to make fish soup from an aquarium then the other way around(!), so it is much easier to move from a Continental European welfare model to a liberal one. This is because the constrained elements of the Continental European model are more easily dismantled than achieved'[675].

Dunque si può notare come nel corso della storia dell'UE, e qui si torna all'analisi dell'evoluzione di quest'ultima, essa abbia ora appoggiato, e cercato di raggiungere, gli obiettivi propri del modello Continentale di *welfare* ed ora l'altro.

Nel compiere un'analisi più giuridica della salute, la sua tutela, nel mercato interno, bisogna tenere a mente questa premessa in quanto la visione mercantilistica che è tutelata dalle norme di diritto primario è diretta espressione di questo secondo modello.

Si dovrà, quindi, valutare che tipi di effetti si generano quando quest'ultima visione prende il sopravvento, ovvero viene tutelata in maniera 'eccessiva' rispetto a quella che invece auspica un modello sociale più equo e solidale.

'The implication for Member States of the EU is that it is possible for a Europeanized welfare policy paradigm to take the EU Member States effectively down a 'one-way street' towards a liberal welfare model. […] Offe also notes the possible trend from negative integration (the single market and economic and monetary union) towards depriving Member States of the powers to keep in place their welfare systems. Offe suggests that the EU may be using policy learning tools, such as the 'Open Method of Coordination', to persuade the political elites in the Member States that they need to recalibrate their welfare systems'[676].

Questo, magistralmente descritto dagli autori, è il rischio che si potrebbe generare dagli effetti delle politiche europee, quando assumono un aspetto più orientato verso il secondo modello di *welfare*.

Volendo ricalare il tutto, infine, nel settore sanitario, il rischio è quello che delle politiche orientate verso la liberalizzazione del mercato minino l'erogazione universalistica delle prestazioni sanitarie, ed alcuni esempi si sono avuti nell'analizzare l'applicazione delle regole del mercato, quando concernono la libera circolazione, alla tutela della salute.

Ad onore del vero e della obiettività va però compiuta una piccola, ed ultima nota, a questa introduzione.

[675] *Ibid.*, p. 228.
[676] *Ibid.*, p. 228.

Nell'ordinamento europeo non si può nascondere che le regole economiche di liberalizzazione del mercato vengono elevate ad un rango più alto rispetto a quelle che permettono di perseguire una strada che tuteli i diritti sociali, dovendosi trovare, in tal caso, delle scorciatoie[677].

Tuttavia anche quando l'UE sembri percorrere una strada 'neoliberista' questo atteggiamento risulta, se relazionato al settore sanitario[678], 'qualitatively distinct from purely market-driven liberalism'[679].

La visione degli autori traccia una differenza rimarcabile, che fa riferimento anche a quanto detto in precedenza circa la presenza nei Trattati di regole concernenti la politica economica, mentre sono più deboli e di difficile diretta applicazione quelle che invece concernono la politica sociale.

'EU law is moving health care towards a modified liberal model, and towards the neoliberal end of our spectrum, but not all the way there. In this policy orientation, market drivers are welcomed as mechanisms to increase efficiency, but ultimately are constrained by the social welfare needs to safeguard equality of access to health care, on the basis of solidarity'[680].

Dunque, per concludere, si vede come quelle menzioni, presenti nei Trattati, di finalità investenti obiettivi sociali, da parte dell'UE, costituiscano un'importante diga che limiti la deriva neoliberista delle politiche europee, che lo sono per definizione nella misura in cui tendono alla realizzazione di un mercato interno al quale affidare il raggiungimento di finalità sociali come la redistribuzione delle ricchezze o il raggiungimento di pari opportunità ed eguaglianza[681].

Si passi dunque a vedere più nello specifico come le regole sulla concorrenza, altro lato della medaglia rispetto alla libera circolazione, si siano applicate nel tempo al settore sanitario, e si vedano gli eventuali effetti che da queste si possono essere generati.

1.1.2 L'ambito di applicazione delle regole sulla concorrenza

Nel trattare la relazione tra le regole sulla concorrenza e la tutela della salute, oltre che le forme degli effetti da questa scaturenti, occorre definire l'ambito d'applicazione delle suddette regole, identificando altresì quali sono le regole che si vuole delucidare.

Le regole sulla concorrenza sono contenute nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, al Titolo VII, nella III Parte del medesimo.

---

[677] Nell'ambito della sanità pubblica si diceva che l'UE, nei primi momenti, si è appoggiata alle competenze in materia di mercato interno per poter sfoderare politiche che la concernessero.

[678] Per lo studio di questa specifica relazione si veda L. MORENO B. PALIER, *The Europeanisation of Welfare: Paradigm Shifts and Social Policy Reforms*, in P. TAYLOR-GOOBY, *Ideas and Welfare State Reform in Western Europe*, London, Palgrave Macmillan, 2005.

[679] T.K. HERVEY J.V. MCHALE, *op. ult. cit.*, p. 228.

[680] *Ibid.*, p. 228.

[681] Qui si ribadisce che l'uguaglianza tra gli essere umani è biologica alla nascita grazie alla dinamica con cui essa si sviluppa, uguale, per l'appunto, in tutti gli esseri umani.

Gli articoli principali da analizzare, e passare in rassegna sono: 1) l'art. 101 TFUE che vieta 'gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno'[682]; 2) l'art. 102 TFUE che descrive come 'incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo'[683]; 3) l'art. 106, I comma, che rivolgendosi espressamente agli Stati membri richiede che quest'ultimi 'non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi'; 4) infine meritano menzione gli articoli da 107 a 109 TFUE che stabiliscono le regole inerenti agli aiuti di Stato, ritenuti come possibile distorsione della concorrenza; 5) un'altra importante fonte delle regole sulla concorrenza, nel diritto europeo, è il Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

Queste disposizioni appena citate costituiscano la parte di normativa per così dire 'sostanziale' delle regole sulla concorrenza, in quanto prevedono la disciplina applicabile dalle Corti[684] per tutelare il corretto funzionamento del mercato interno.

Esse vanno avvicinate ad ulteriori disposizioni contenute nei Trattati per essere comprese a fondo, e si veda dunque qual è il collegamento da compiere.

Innanzitutto si prenda l'art. 3 TUE il quale definisce che 'l'Unione instaura un mercato interno'[685], ed ad esso si deve unire anche quanto stabilito dal Protocollo n. 27, sul mercato interno e sulla concorrenza, il quale prevede che 'il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata'[686] e che dunque l'Unione può adottare misure a tale scopo.

Ciò, d'altronde, non è una novità in quanto è previsto altresì nel TFUE, all'art. 3, I comma, lett. *b)*, la quale prevede che l'Unione ha competenza esclusiva nella 'definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno'.

Inoltre si prenda in riferimento anche l'art. 4, III comma, del TUE, che prevede il principio di leale collaborazione tra Stati membri ed Unione Europea.

---

[682] Art. 101 TFUE, I comma.
[683] Art. 102 TFUE, I comma.
[684] Occorre parlare di Corti e non di Corte di Giustizia dell'Unione Europea in quanto dal 2004, in particolare con il Regolamento n. 1/2003, sono state istituite nei singoli Stati membri delle autorità nazionali di controllo che vigilano sul rispetto, da parte delle imprese, delle regole sulla concorrenza, eventualmente sanzionando le possibili violazioni, fermo restando il ruolo della CGUE.
[685] Art. 3 TUE, III comma.
[686] Protocollo n. 27 allegato ai Trattati.

Esso, se posto al fianco dell'art. 106 di cui sopra, costituisce con quest'ultimo la base giuridica dell'obbligazione gravante sugli Stati derivante dalle regole sulla concorrenza.

Però occorre muoversi con una certa cautela e discernere le diverse disposizioni, così da distinguere anche i possibili effetti che esse possano avere o meno sulla tutela della salute, ma si può, ad ogni modo, già stabilire, vedendo quanto appena detto, che le regole sulla concorrenza costituiscono, al pari di quelle sulla libera circolazione, una modalità attraverso cui, applicando il diritto europeo, la tutela della salute si scontra con le logiche di mercato.

Gli artt. 101 e 102 TFUE possono essere trattati congiuntamente, nonostante prevedano un oggetto diverso, rispetto all'ambito di applicazione, stando alla giurisprudenza della Corte, hanno lineamenti non dissimili.
Entrambi si applicano alle imprese, l'art. 101 TFUE tuttavia si applica anche alle associazioni di imprese[687].
Per trovare la definizione di 'impresa' occorre far riferimento alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, la quale ha dato una prima, generale, definizione nel caso *Höfner*[688] in cui stabilisce che 'nel contesto del diritto della concorrenza, che la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status-giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento, e che l'attività di collocamento è una attività economica'[689].
Come appare dalla lettura di questa posizione della Corte, la definizione di impresa è molto ampia e merita perciò una specificazione così da poter poi ascrivere questi termini quando entra in gioco il settore della tutela della salute.
La corte nel valutare la possibile applicazione delle regole concernenti la concorrenza adotta un approccio decisamente funzionale, nel senso che sulla base di questo la Corte si orienta per valutare se l'attività sia economica o meno.
Ciò è altresì importante perché può succedere, alle volte, che un'entità agisca a sfondo economico per determinate attività mentre per altre agisce con un comportamento diverso da quello di una classica impresa, e questo avviene non di rado quando si trattano settori, come quello sanitario, che testimonia la presenza sia di entità di natura privata che pubblica, dove dunque le prime sono basate su comportamenti più economici, per definizione, mentre le altre possono ben svolgere funzioni e attività assegnate per legge con finalità diverse da quelle proprie della logica del profitto[690].

[687] Per una definizione di tale entità si veda R. WHISH D. BAILEY, *Competition law*, IX edizione, p. 92, Oxford, Oxford University Press, 2018.
[688] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sentenza 23 aprile 1991, C-41/90.
[689] *Höfner*, par. 21.
[690] Si vedrà a breve un caso dove questa eventualità si materializza di fronte alla Corte di Lussemburgo, si tratta del caso *AOK*

Dunque per definire la nozione di impresa, e stabilire quando suddette regole sulla concorrenza si applicano, occorre vedere gli elementi che le caratterizzano, seguendo l'approccio funzionalista della Corte.

L'elemento su cui occorre soffermarsi maggiormente è, stando alla definizione del caso *Höfner*, quello dell'esercitare un'attività economica.

Facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte si avrà modo di analizzare in quali casi questa ha ritenuto una certa entità come esercitante un'attività economica, e dunque agente come un'impresa, e sulla base di questi casi vedere poi quando la stessa analisi interpretativa sia stata applicata nel settore della tutela della salute.

Una definizione venne offerta dalla Corte nel caso *Pavlov*[691], in cui ha stabilito che 'risulta che costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato'[692].

Sulla base di questa impostazione la Commissione, nel caso *Spanish Courier Services*[693] ha ritenuto che la Posta spagnola, nell'erogare un servizio come corriere internazionale rapido, 'in quanto offre servizi sul mercato, è un'impresa ai sensi dell'articolo 90, paragrafo 1 del trattato CEE'[694].

La Corte, similmente, nel caso *Höfner*, già citato in precedenza, è giunta alla conclusione che 'un ufficio pubblico per l'occupazione che esercita attività di collocamento è soggetto al divieto di cui all'art. 86 del Trattato nei limiti in cui l'applicazione di questa disposizione non vanifichi lo svolgimento del compito particolare impartitogli'[695].

Dunque l'ente pubblico in questione venne ritenuto operare come un'impresa ai sensi delle regole sulla concorrenza, proprio perché erogava un servizio[696].

Tali casi appena citati, talaltro, sono importanti in quanto dimostrano l'incisività dell'analisi delle istituzioni europee circa la valutazione sulla natura, se economica o meno, di alcune attività svolte da enti pubblici, ponendoli non più al sicuro dall'applicazione delle regole sulla concorrenza.

Una volta definito il primo elemento che aiuta a determinare se un'entità eserciti un'attività economica, va detto che per la Corte non fa differenza se tale attività viene svolta con finalità lucrative o meno.

---

[691] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 12 settembre 2000, Cause riunite 180/98 e 184/98.
[692] *Pavlov*, par. 75.

[693] Commissione, decisione 1 agosto 1990, L. 233/19.
[694] *Spanish Courier Services*, par. 6.
[695] *Höfner*, par. 34.
[696] Questo già permette di fare un cenno al settore della tutela della salute, in quanto, come si è visto, la Corte in più riprese ha avuto modo di stabilire come l'assistenza sanitaria rientrasse nell'erogazione di servizi, e, più in generale, come le regole sulla libera circolazione si applicassero al medesimo settore. Si prenda, ad esempio, in analisi la fornitura di prodotti medici che servono agli enti ospedalieri per erogare e fornire una prestazione sanitaria. Questo ambito potrebbe ben ricadere nella disciplina della libera circolazione delle merci. Si ricordi, di fatti, la Direttiva 65/65/CEE in materia di dispositivi medici che aveva esattamente questa finalità.

Vale a dire che per quest'ultima non fa differenza il motivo fondante l'esercizio dell'attività, è ben possibile, quindi che un'attività *no-profit* possa essere considerata un'impresa ai sensi della disciplina europea sulla concorrenza, e che, al contrario, un loro comportamento, rientrate nell'ambito di applicazione oggettivo delle regole, può distorcere la concorrenza.

Infine, non fa altresì differenza la forma legale della suddetta entità, nel senso che non deve necessariamente essere una persona giuridica, nella veste di società, ma possono rientrare nello scopo delle regole sulla concorrenza anche delle cooperative[697], dei P&I Club[698], e non sono stati inclusi da tale gruppo anche le persone fisiche[699].

Non addentrandosi ulteriormente nello studio delle regole sulla concorrenza, nel loro lato sostanziale, si ribadisca che quanto appena detto serve per inquadrare l'ambito soggettivo in cui tali regole si applicano, così da poter valutare se, una volta nell'ambito della tutela della salute, i soggetti operanti in quest'ultimo possono rientrare nell'applicazione delle regole sulla concorrenza.
In particolare, si dovrà valutare se un ente, eventualmente pubblico, sia ingaggiato nell'esercitare un'attività economica, se fornisce servizi come quelli dell'assistenza sanitaria.

Quanto detto, ad ogni modo, circa l'ambito soggettivo di applicazione delle suddette regole, è stato opportuno specificarlo in via anticipatoria perché costituisce un ambito di applicazione comune, come detto, sia agli artt. 101 e 102 TFUE, ma anche all'art. 106 TFUE, che prevede, tuttavia, dei soggetti in più, rispetto ai primi due articoli appena citati, nel suo scopo, data la portata della sua disposizione.
Prima di illustrare queste soggettività che l'articolo suddetto prevede in più rispetto ai due precedenti, si deve dire che l'art. 106 TFUE merita una trattazione separata, data la finalità di congiungere poi questo discorso al tema della tutela della salute, poiché esso può investire tale ambito in maniera più efficace dei primi due, e ciò anche in ragione del suo ambito soggettivo di applicazione.
Inoltre, esso prevedrebbe anche una portata maggiore rispetto agli altri articoli facenti parte delle regole sulla concorrenza, e ciò si evince dal testo, al I comma il quale prevede che gli Stati non possono mantenere, nei confronti di imprese che si vedranno a breve, misure che violano i Trattati in generale e le regole dell'art. 18 TFUE[700] e da 101 a 108 TFUE, nello specifico.
Dunque 'measures that infringe, for example, Article 34 on the free movement of goods, Article 45 on the free movement of workers, Article 49 on the freedom of establishment, Article 56 and 57 on the free

[697] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 25 marzo 1981, C-61/80.
[698] Commissione, decisione 12 aprile 1999, L. 125/12.
[699] Commissione, decisione 2 dicembre 1975, L. 6/8.
[700] Esso recita che 'Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni'.

movement of services and Article 63 on the free movement of capital, could all result in an infringement of Article 106(1)'[701].

Se si collega questo a quanto detto in apertura, circa la lettura congiunta di tale articolo con l'art. 4 TUE, allora si capisce a fondo quale sia la portata dell'obbligazione che scaturisce in tal senso nei confronti degli Stati membri, unici destinatari di tale disposizione.

Essi risultano obbligati, per via delle regole sulla concorrenza, a rispettare la concretizzazione del mercato interno, e dunque, le loro misure, di cui al I comma dell'articolo 106 TFUE, all'interno delle quali rientrano anche le politiche sanitarie, devono evitare di minare la sopravvivenza ovvero il rafforzamento di quest'ultimo.

Questo passaggio è importante se collegato a quanto si diceva nell'introduzione, di fatti ora si può comprendere che tipo di finalità abbiano le regole sulla libera circolazione e sulla concorrenza.

Si può vedere come in maniera diversa queste mirino allo stesso obiettivo, da un lato le regole sulla libera circolazione abbattono le misure discriminatorie o che limitino la realizzazione, andando a rendere inapplicabili quest'ultime.

Dall'altro le regole sulla concorrenza, invece, ed in particolare l'art. 106 al I comma, mirano a che gli Stati non reintroducano o mantengano misure che possano, nello specifico, distorcere la concorrenza, ma in generale compromettere il funzionamento del mercato che, se lasciato libero, opera con modalità che hanno la possibilità di redistribuire la ricchezza, ovvero di permettere l'erogazione della migliore qualità di servizi al minor prezzo per i consumatori, grazie proprio alla concorrenza.

Detto ciò si vedano dunque quali soggettività in più sono coperte dalla portata dell'art. 106, rispetto agli artt. 101 e 102 TFUE.

Esso parla espressamente di 'imprese pubbliche' ed 'imprese cui (gli Stati) riconoscono diritti speciali ed esclusivi'.

Per trovare una definizione del primo soggetto si prenda in considerazione quanto stabilito dalla Direttiva 80/723/CEE della Commissione, del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati Membri e le loro imprese pubbliche.

Essa all'art. 2, I comma stabilisce che si può definire 'impresa pubblica: ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina'.

La Corte di Lussemburgo, quando impegnata a valutare la validità di tale Direttiva appena citata, non ha riscontrato alcuna violazione, e non ha aggiunto, altresì, alcuna delucidazione in merito a tale definizione.

[701] R. WHISH D. BAILEY, *op. ult. cit.*, p. 230.

Occorre solamente dire che, poiché questa prevede un importante elemento discriminante, quale il controllo dei pubblici poteri sull'impresa, tale elemento sarà da valutare caso per caso, così da poter valutare se l'entità controversa sia impresa pubblica o meno.

Per quanto riguarda il secondo dei due soggetti, occorre far riferimento alla Direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, così da identificare i termini 'diritti speciali o esclusivi', che fungono da discrimine per rientrare o meno nell'art. 106 TFUE.

All'art.1, V e VI comma, essa espressamente definisce che 'per «diritti esclusivi» si intendono i diritti concessi da uno Stato membro ad un'impresa, mediante qualsiasi atto legislativo, regolamentare o amministrativo, che le riservi la facoltà di fornire un servizio di comunicazione elettronica o di esercitare un'attività di comunicazione elettronica all'interno di una determinata area geografica; per «diritti speciali» si intendono i diritti concessi da uno Stato membro ad un numero limitato di imprese, mediante qualsiasi atto legislativo, regolamentare o amministrativo che, all'interno di una determinata area geografica'.

Caratteristica fondamentale, e comune, dei due tipi di diritti è che l'assegnazione da parte dello Stato, all'impresa, di questi, sia avvenuta espressamente nelle modalità sopra indicate.

Dell'art. 106 va preso in considerazione, infine, il II comma, fondamentale anch'esso quando riportato nell'ambito della tutela della salute.

Esso stabilisce che 'le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione'.

Non entrando ora nello specifico, va detto che, ad ogni modo, risulta rilevante la parte in cui esso fa menzione delle imprese che sono incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

Di fatti, non potendo più negare l'applicabilità delle regole sulla libera circolazione dei servizi, in quanto le prestazioni sanitarie sono state ritenute come servizi, l'eventuale assimilazione di quest'ultime ai servizi di interesse economico generale potrebbe essere un'importante base per la 'disapplicazione' del diritto europeo, in particolare le regole sulla concorrenza, a questo tipo di prestazioni, così lasciando liberi gli Stati di perseguire politiche di minor respiro mercantilista.

Si badi bene, la 'disapplicazione' di cui sopra non opera automaticamente quando si riscontri un tipo di servizio essere rientrante la categoria di cui sopra, bensì è necessario l'elemento ulteriore che l'applicazione, eventuale, delle regole europee osti all'assolvimento della missione affidata alle imprese a cui tale gestione di servizi è stata attribuita.

Infine si dica degli artt. Da 107 a 109 TFUE, sugli aiuti di Stato.

1.1.3 Gli aiuti di Stato

Si decide di procedere con una trattazione autonoma di questi due articoli per diversi motivi, innanzitutto, e ciò è puramente un'attenzione formalistica, si rispetta la divisione operata anche nel Trattato, il quale divide gli artt. da 101 a 106 TFUE e gli artt. da 107 a 109 TFUE in due sezioni differenti.

Secondo poi, la disciplina contenuta nel secondo gruppo di articoli merita una diversa analisi in quanto sviluppa regole e prescrizioni, se non anche effetti, differenti a quelli delle regole sulla concorrenza *stricto sensu*.

L'unico collegamento con queste regole è costituito dall'art. 106 TFUE che, si diceva, richiede il rispetto della normativa dei Trattati, in particolare quella in esame, nella quale rientrano anche gli artt. da 107 a 109 TFUE.

Inoltre si asseriva che tale normativa investe delle discipline diverse da quelle che sono previste dal gruppo di articoli precedenti, e sia ciò oggetto di indagine.

La normativa sugli aiuti di Stati, quando si diceva che investe discipline diverse da quelle precedenti, entra in stretto rapporto con le regole sugli appalti pubblici[702], i quali, tuttavia, non saranno qui oggetto di studio.

Quanto occorre dire è che 'when public authorities wish to favour specific players in a given market, they can do so in two ways: directly, by giving them public subsidies, or indirectly, by awarding them public contracts'[703].

Dunque il finanziamento statale delle imprese e gli appalti pubblici costituiscono le due modalità attraverso le quali le autorità pubbliche possono favorire sul mercato delle imprese rispetto ad altre, andando dunque a distorcere la concorrenza nel mercato.

Le regole che si stanno analizzando sono proprio poste a salvaguardia dei rischi che possono generarsi da un'incondizionata condotta da parte delle suddette autorità.

Si veda dunque come si pongono queste regole nei confronti sia dei c.d. aiuti di Stato, si nei confronti delle regole sugli appalti.

[702] Il riferimento normativo più importante da compiere sono le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, le c.d. Direttive sugli appalti pubblici.

[703] V. HATZOPOULOS, *Public procurement and state aid*, p. 381, in E. MOSSIALOS G. PERMANAND R. BAETEN T. HERVEY, *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Hatzopoulos descrive queste due discipline come essere in un rapporto di alternatività fra di loro, e ciò può dipendere dal fatto che queste due categorie di regole hanno la stessa finalità, anche se percorsa in modalità diverse.

I c.d. aiuti di Stato vengono emessi in favore delle imprese che operano nel mercato e così hanno ben la possibilità di distorcere la competizione nel mercato in cui queste operano, in particolare, le altre imprese concorrenti della prima si troveranno in svantaggio nei confronti di quella che ha ricevuto sussidi di origine pubblica.

Gli appalti pubblici altresì vedono un intervento dello Stato nel mercato, ma quando questo mira alla realizzazione di un interesse pubblico, anche se, al termine di una procedura di selezione, viene premiata un'impresa su tutte.

In quel momento è dunque necessario che le regole sulla concorrenza vengano rispettate.

Poiché queste seconde regole si differenziano notevolmente dalle altre, dove la distorsione del mercato avviene in via diretta da parte dello Stato, con misure che ora rientrano nell'art. 106 TFUE, ora negli aiuti di Stato, le regole sugli appalti non saranno oggetto di studio ed approfondimento ulteriore.

Si diceva, ad ogni modo, che dato che queste regole perseguono obiettivi medesimi, ed il più delle volte è il soddisfacimento di un interesse pubblico, si pongono in un rapporto di alternatività, nel senso che l'applicazione di una esclude che l'altra entri in gioco.

E si proceda in questo modo per poter definire quando le regole sugli aiuti di Stato, che qui interessano, sono oggetto di applicazione.

Per farlo si veda il caso *Altmark*[704], ove la causa principale 'riguarda il rilascio, da parte del Regierungspräsidium alla Altmark Trans, di concessioni per trasporti con autobus di linea nel Landkreis (circoscrizione) di Stendal'.[705]

L'impresa Altmark Trans erogava un servizio di trasporti, ed aveva ricevuto già una prima concessione valida tra il 1990 ed il 1994, che venne poi prolungata fino al 1996.

Al contempo un'altra impresa, attore della causa principale, la Nahverkehrsgesellschaft, aveva fatto domanda per le concessioni di gestione del servizio, ma essa venne respinta proprio in favore della Altmark, in quanto, essendo un'impresa operante da molto tempo godeva di numerosi diritti acquisiti, e ciò venne valutato in favore del rilascio della concessione in favore di questa.

In particolare venne premiata 'la regolarità nella gestione del suddetto servizio di linea da parte dell'impresa attualmente incaricata'[706].

[704] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 24 luglio 2003, C-280/00.
[705] *Altmark*, par. 19.
[706] *Altmark*, par. 21.

La prima impresa aveva reclamato avverso alla decisione di rilascio alla Altmark della concessione, in particolare si opponeva alla motivazione, appena allegata, alla base della decisione.

Allegava, di fatti, che l'impresa Altmark Trans non soddisfacesse le soglie economiche per poter ottenere il rilascio della concessione di gestione dei servizi di trasporto.

Giunto il caso presso la Cassazione tedesca, il Bundesverwaltungsgericht, il giudice della causa decide di sollevare una questione pregiudiziale, divisa in tre parti, di fronte alla Corte di GUE,

Si veda la prima parte della questione, nella quale il giudice *a quo* chiede 'se le sovvenzioni destinate a ripianare il passivo di un servizio pubblico di trasporto locale di persone siano o no soggette al divieto di aiuti di cui all'art. [92], n. 1, [del Trattato] CE, o se siano del tutto inidonee a pregiudicare gli scambi tra Stati membri, per via della loro rilevanza puramente locale'[707].

Nel dare una soluzione a tale questione la Corte offrì non solo una semplice risposta, bensì definì una formula utile al giudice per orientarsi nel valutare se la disciplina degli aiuti di Stato possa essere applicata o meno.

In particolare la CGUE stabilì che 'sovvenzioni pubbliche volte a consentire l'esercizio di servizi di linea urbani, extraurbani o regionali non ricadono nella sfera di tale disposizione qualora debbano essere considerate una compensazione che rappresenta la contropartita delle prestazioni fornite dalle imprese beneficiarie per adempiere obblighi di servizio pubblico.

Ai fini dell'applicazione di tale criterio incombe al giudice a quo verificare il ricorrere delle seguenti condizioni: in primo luogo, l'impresa beneficiaria sia stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano stati definiti in modo chiaro; in secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione siano stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; in terzo luogo, la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; in quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della necessaria compensazione sia stato determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento'[708].

[707] *Ibid.*, par. 31.
[708] *Altmark*, par. 95.

Nel dare questa riposta la Corte ha posto una base interpretativa molto importante, tanto che queste condizioni appena elencate presero il nome di formula *Altmark*, la quale se rispettata, dalle misure statali che sovvenzionano un'impresa, non si registra alcuna violazione delle regole sugli aiuti di Stato.

Tuttavia, anche se tale disposizione viene violata, è ben possibile che le misure possano essere giustificate in forza dell'art. 106, II comma, TFUE.
In tal caso, altre condizioni dovranno essere rispettate affinché si possa beneficiare dell'esenzione che l'appena citata disposizione fornisce, e queste sono '(i) il servizio di cui trattasi è un SIEG (Servizio di interesse economico generale) ed è chiaramente definito come tale dallo Stato; (ii) l'impresa che eroga il SIEG è stata formalmente incaricata dallo Stato; (iii) l'applicazione delle regole sugli aiuti pubblici impedisce lo svolgimento dei particolari compiti affidati a tale impresa e l'esenzione non pregiudica gli scambi tra gli Stati membri in una misura contraria agli interessi UE'[709].
Queste condizioni appena illustrate rientrano nel test di proporzionalità e necessità che è solitamente applicato dalla Corte, nel valutare la possibile violazione delle norme di diritto europeo, e di cui si è già fatta menzione in precedenza.
Di esse, ad ogni modo, si dirà nel proseguo quando si vedrà come vengono applicate al settore della tutela della salute, in particolare perché sono state oggetto di specifici documenti da parte della Commissione[710], che permetterà, così, di orientarsi più facilmente nel valutare che effetti hanno, dunque, le politiche europee, sotto la veste delle regole dei Trattati circa gli aiuti di Stato, sulle misure statali in favore del settore sanitario.

Ribadendo, infine, che le regole di questi articoli inerenti agli aiuti di Stato meritavano una disamina separata, la conclusione di Schettino appena riportata è importante in quanto permette di collegare gli artt. da 107 a 109 TFUE alla categoria precedente di regole sulla concorrenza, e giustifica anche la scelta di includere queste nello studio che si sta compiendo.
Non può nascondersi, di fatti, una comunanza di intenti tra queste due diverse categorie di regole, che, si badi bene, hanno un oggetto, in fondo, diverso e perciò, per ragioni di sistematicità, saranno analizzate diversamente anche se rapportate al settore della tutela della salute.

[709] A. SCHETTINO, *La disciplina sugli aiuti di Stato nel settore sanitario: quali effetti e, soprattutto, quale applicazione?*, p. 129, in A. ROBERTO A. TIZZANO, *Il diritto dell'Unione Europea*, Rivista 1/2016, Torino, Giappichelli editore, 2016.
[710] Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, in GUUE dell' 11 gennaio 2012, 2012/C 8/02.

1.2 L'applicazione nel settore sanitario

1.2.1 Il contesto

Giunge ora il momento di riportare i concetti appena illustrati nel settore sanitario, vedere, nella pratica, che interazioni si siano create tra le regole sulla concorrenza e l'organizzazione e gestione del settore sanitario da parte degli Stati.

Occorrerà, quindi, vedere fino a che punto le regole di diritto europeo sulla concorrenza saranno applicabili in tale settore, così da poter rispondere ad una domanda ricorrente nel corso di questa ricerca, quanto le regole inerenti al mercato interno, anche se nella forma delle regole sulla concorrenza, influenzino settori che, a ben vedere, potrebbero essere esclusi dall'applicazioni di regole di mercato?

Lasciando da parte le osservazioni inerenti alle regole sulla libera circolazione nel mercato, si dica solo della concorrenza, andando ad individuare quali siano le norme dei Trattati che dimostrano la tensione che esiste quando le regole sul mercato si incontrano con disposizioni a tutela di diritti/servizi sociali.

Le norme a cui si fa riferimento sono l'art. 14 TFUE e l'art. 168 VII comma[711], da un lato, e le norme già viste sulla competenza europea in materia di mercato interno, in particolare si è detto dell'art. 3 TUE[712], l'art. 3 TFUE in cu assegna alla UE la competenza per la 'definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno'[713].

A ciò si aggiunga comunque il potere in seno al Consiglio ed al Parlamento Europeo di adottare misure per sostenere la creazione ed il funzionamento del mercato[714].

L'art. 14 TFUE è cruciale nell'affrontare il discorso in questione al momento, ed esso recita:

"Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi".

L'elemento dell'articolo su cui si deve porre l'attenzione è la citazione dei Servizi d'interesse economico generale, di cui si è già fatta qualche menzione, e che si sono ritrovati anche nell'art. 106 TFUE.

Si unisca quanto appena riportato anche con l'art. 168 TFUE e si può comprendere meglio la complessità, e la sensibilità, del discorso della relazione tra le regole sulla concorrenza ed il settore sanitario.

---

[711] Esso recita, nella parte interessata: "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".

[712] Qui si intende solo nella parte in cui riconosce che l'UE costituisce un mercato interno.

[713] Art. 3 TFUE, I comma lett. *b).*

[714] Art. 114 TFUE, in particolare commi I e III.

L'articolo 168 al VII comma TFUE riconosce la competenza statale in materia di organizzazione e fornitura dei servizi sanitari, che tuttavia, si è già visto, sono stati visti, almeno nell'ottica dell'applicazione delle regole sulla libera circolazione, come servizi ai sensi del Trattato, quindi sottoponibili alle regole sul mercato interno.
Ora, quest'ultime, sono competenza, se si tratta di concorrenza, dell'UE, che tuttavia, ribadisce anche nell'art. 14 TFUE, riconosce gli Stati come vertici delle decisioni inerenti ai SIEG.
La questione da risolvere sarà, quindi, se il settore sanitario rientri o meno in questo ambito, e ciò rileva per due principali motivi, per evitare l'applicazione delle regole sulla concorrenza *stricto sensu*, vale a dire per quanto riguarda gli art. 101 e 102 TFUE, da un lato, e, dall'altro, anche giovarsi dell'esclusione di cui all'art. 106 II comma TFUE, che prevede che 'le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata'.

A tutto ciò dovrà poi aggiungersi una disamina specifica dei casi in cui le regole sulla concorrenza, viste in precedenza, sono state applicate nel settore sanitario, così da vedere nel concreto che effetti le decisioni e le politiche europee abbiano avuto sul settore controverso.
Si dovrà, specificatamente, riprendere le nozioni espresse in precedenza, quali la nozione di impresa, entità ingaggiata nella fornitura di beni e servizi, e vedere se queste aderiscono alla realtà degli operatori sanitari dei diversi sistemi.
Dunque occorrerà anche vedere che tipi di differenze esistono tra i diversi sistemi esistenti negli Stati membri[715], fermo restando che, come anche visto nel Preambolo della Direttiva 2011/24/UE, tutti questi sembrano accomunati dall'essere basati sui principi di universalità, uguaglianza e solidarietà, che sono, tra l'altro, gli elementi che permettono di ricollegare, in caso, i sistemi sanitari alle finalità espresse dall'art. 14 TFUE, nello specifico questi definiscono il 'loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale'.

1.2.2 I servizi di interesse (economico) generale

Per procedere nello studio che si vuole compiere non è più rimandabile il momento di analizzare che cosa s'intenda con le definizioni di Servizio d'interesse generale, ed economico generale.

[715] La maggiore differenziazione era stata quella operata tra i Paesi in cui il sistema opera seguendo il c.d. modello Bismark o Beveridge.

Facendo attenzione anche alle disposizioni dei Trattati si può vedere come una vera e propria definizione della prima tipologia non esiste, tanto che infatti non è ravvisabile una disposizione che la riguardi esplicitamente[716], mentre è possibile, e si sono viste[717], disposizioni che citano espressamente i SIEG.

Dunque, nel cercare di dare una fisionomia a queste due definizioni, bisogna fare una ricerca tra alcuni documenti della Commissione, nei quali questa aveva soddisfatto l'onere di identificare le suddette tipologie di servizi.

Si tratta della Comunicazione della Commissione dell' 11 settembre 1996[718], ove aveva dato, per la prima volta con un'attenzione particolare, una didascalica e coincisa definizione dei SIG e SIEG:

"**Servizi d'interesse generale**

Si tratta di servizi fomiti dietro retribuzione o meno, considerati d'interesse generale dalle autorità pubbliche e soggetti quindi a specifici obblighi inerenti al pubblico servizio.

Servizi d'interesse economico generale

Menzionati dal trattato all'articolo 90, designano servizi fomiti dietro retribuzione, che assolvono missioni d'interesse generale e sono quindi assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico. È questo in particolare il caso dei servizi resi dalle reti di trasporto, di energia e di comunicazione".

Da quanto sancito nella comunicazione, che rimane uno dei primi atti nei quali un'istituzione dell'UE si occupasse così esplicitamente di tale categoria di servizi, si evinceva che i SIG e SIEG godessero, e dovessero godere, di una particolare disciplina in quanto erano pilastri fondamentali della società europea.

Nello specifico a parere delle osservazioni della Commissione, questi settori di servizi erano fondamentali in quanto assicuravano il raggiungimento di obiettivi irrinunciabili, quali la coesione sociale e l'uguaglianza tra i cittadini.

Di fatti i servizi in analisi dovevano essere garantiti sul territorio europeo, da ciascuno Stato responsabile per la propria popolazione, in maniera eguale sul territorio, dunque, tali servizi, dovevano rispettare la caratteristica di servizi universali[719].

Quest'ultima definizione è molto importante, in quanto corrisponde alla finalità che, in maniere diverse, viene perseguita dagli Stati e dall'UE, ripresentando il possibile contrasto di cui si sta analizzando la portata, e ciò si evince anche dalla lettura della comunicazione della Commissione.

In particolare la Commissione riconosce come gli Stati, sulla base delle diversità geografiche, culturali e, va detto, economiche, siano liberi di organizzare autonomamente l'erogazione dei suddetti servizi, col fine,

[716] Occorre prendere visione del Protocollo n. 26 per vedere un'esplicita disposizione nella quale si riconosce l'importanza di tali servizi, e la rispettiva competenza degli Stati per l'erogazione.

[717] I più importanti sono gli artt. 14 TFUE e 106 TFUE.

[718] Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione della Commissione, *'I servizi d'interesse generale in Europa'*, COM(96), 443 def.

[719] Questo concetto è molto importante, le istituzioni europee hanno anche dato una definizione dello stesso, che è disponibile nella medesima comunicazione, e si dice: "questo concetto indica l'insieme di esigenze d'interesse generale cui dovrebbero essere assoggettate, nell'intera Comunità, attività come ad esempio le telecomunicazioni e le poste. Gli obblighi che ne discendono sono finalizzati a garantire ovunque l'accesso di tutti a determinate prestazioni essenziali, di qualità e a prezzi abbordabili".

per l'appunto, di permettere a ciascun abitante di goderne, nella qualità più alta, al prezzo più basso, che se non sopportato da quest'ultimo, il più basso per le finanze pubbliche.

'È per questo motivo che i servizi in parola possono essere offerti - in concorrenza o in monopolio - sia da imprese private, sia da enti pubblici, sia da consorzi pubblico-privato. sianoL'attività di questi operatori - talvolta definiti con il termine di esercenti - può essere controllata da autorità nazionali, regionali o locali, con prerogative e status variabili. Forme molto diverse possono anche assumere i rapporti tra operatori ed autorità di controllo'[720].

Dall'altra parte l'UE, riconoscendo la valenza economica di questi servizi, si impegna affinché sul versante economico le regole di mercato possano essere un giovamento ai cittadini europei, nel senso che essa, sulla base anche delle sue competenze in materia di mercato interno, fa sì che il mercato operi nella sua accezione a fattore di redistribuzione sociale, nel senso di fare in modo che ai cittadini giunga il servizio migliore, con la minore spesa.

Questo concetto è espresso dalla Commissione nella comunicazione quando dice che 'le forze del mercato consentono una migliore allocazione delle risorse e imprimono una maggiore efficienza alla fornitura dei servizi, a vantaggio soprattutto del consumatore che ne vede migliorata la qualità a prezzi più modici'[721]. Bensì a tal riguardo la Commissione mette anche sull'attenti, di fatti, proseguendo riconosce che 'si tratta tuttavia di meccanismi che presentano talvolta i loro limiti, con il duplice rischio di escludere parte della popolazione dai benefici che ne possono essere tratti e di non permettere la promozione della coesione sociale e territoriale. Le autorità pubbliche hanno quindi il dovere di vigilare alla tutela dell'interesse generale'[722].

Dunque si vede una certa titubanza circa la completa apertura dei SIG e SEIG alle regole, e logiche, del mercato interno, fermo restando che non si esclude che un giovamento può giungere dagli effetti di un mercato funzionate, se con tale aggettivo si intende il concetto per cui esso mercato generi qualità e ricchezza dalla corretta concorrenza.

Ciò nondimeno va sottolineato che, e ciò si vede nella comunicazione della Commissione, alcuni settori ritenuti strategici, e d'interesse (economico) generale, sono stati aperti alle logiche di mercato, sono stati, usando la terminologia corretta, liberalizzati.

Si tratta, nello specifico, del settore dei trasporti, delle comunicazioni e dell'energia, tutti settori che hanno subito, in una posizione di primo piano, l'onda di privatizzazione che, principalmente, dagli anni 90 ha investito gran parte dei Paesi membri.

[720] COM(96), 443 def., par. 10.
[721] COM(96), 443 def., par. 15.
[722] *Ibid.*, par. 15.

Quello che la Commissione esplicitamente ammette è la ricerca di un equilibrio tra la creazione del mercato e l'erogazione di questi servizi, dei quali quelli di interesse economico generale, e gli esempi appena riportati ne sono la prova, non possono essere esclusi del tutto dalla possibile permeazione alle regole del mercato interno.

Ecco dunque una prima differenza importante tra le due tipologie di servizi, che verrà ribadita anche nelle successive comunicazioni da parte della Commissione, per la quale i SIG sono intoccabili da parte delle regole del mercato, e nello specifico da quelle riguardo la concorrenza, mentre invece i SIEG saranno da valutare caso per caso in base ad alcuni criteri esposti dalla Corte e che si vedranno a breve nell'analizzare i servizi sanitari all'interno di tale contesto.
Volendo ancora rimanere sulla differenza tra le due tipologie di servizi, per capire come dunque l'approccio, modificandosi nel tempo, abbia anche modificato la possibilità d'applicazione o meno delle regole della concorrenza in tali settori, bisogna sottolineare un aspetto importante di questa differenziazione.
Ancora nel 2000[723], nella comunicazione successiva a quella del 1996, la Commissione ancora pone al riparo dall'indistinta applicazione delle regole sulla concorrenza i servizi d'interesse (economico) generale. Stabilisce che essi servizi sono essenziali per la popolazione europea, che l'interesse dei cittadini è la guida dell'azione europea in tali ambiti e che perciò, dati i rischi che si possono generare dall'applicazione delle regole in esame, bisogna avere cautela nel distinguere quali servizi[724] siano anche economici, così che magari, si possono applicare le regole sul mercato.

Negli anni successivi, invece, si può registrare un mutamento importante nell'approccio della Commissione ai due tipi di servizi, supportato anche dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, la quale aveva stabilito, e si vedano le pagine precedenti, che le regole sulla concorrenza si applicano alle imprese[725], indipendentemente dal loro status giuridico, basti che l'attività riguardi la fornitura di beni o servizi.
Dunque la Commissione si era allineata a questo tipo di impostazione, andando a ridurre la linea di demarcazione tra i due tipi di servizi controversi, il tutto a favore di una migliore, e più intricata, relazione con l'economia.
Questo tipo di impostazione non è la prima volta che viene discussa in questo testo, di fatti, se si torna con la mente a quanto si diceva circa l'apertura dell'assistenza sanitaria alle regole sulla libera circolazione, si trovano molte affinità, che provano una direzione politica ben precisa in seno, in particolare della Commissione, sulla scia delle importanti decisioni della Corte di Giustizia.

[723] Comunicazione della Commissione, *'I servizi di interesse generale in Europa'*, 2001/C 17/04.
[724] Se un servizio si di interesse generale è lo Stato stesso a deciderlo, in quanto miglior decisore di tale valutazione.
[725] Si veda il caso *Höfner*.

Nei primi anni Duemila la Commissione aveva posto al vaglio del Parlamento e del Consiglio una proposta per una Direttiva inerente alle libera circolazione dei servizi[726], ed in essa aveva inserito una disposizione specifica inerente all'assistenza sanitaria.

Si ricorderà la risposta del Parlamento Europeo che bocciava tal decisione data la crucialità dell'ambito in questione.

Ebbene nello stesso periodo il Parlamento Europeo si era espresso con un'altra risoluzione[727] con cui rispondeva al Libro verde della Commissione[728], ove questa aveva demarcato ancor più fortemente la differenza dei due tipi di servizi, ed aveva riscontrato i SIEG diversi proprio per la presenza di un carattere economico di quest'ultimi, aprendo sempre di più la strada verso la possibile coniugazione di questi alle logiche di mercato.

Il Parlamento Europeo aveva invece espresso nella sua risoluzione la necessità di escludere dall'applicazione delle regole europee alcuni settori di servizi, date le loro caratteristiche.

In particolare un riferimento il Parlamento Europeo lo faceva a favore della sanità pubblica, dell'edilizia popolare e della scuola.

La sua valutazione era basata sul fatto che 'per numerosi servizi di interesse generale la distinzione "economico/ non economico" è estremamente difficile in quanto - a causa del carattere dinamico di tali servizi - i loro confini sono in rapida evoluzione'[729].

Come avvenuto negli stessi anni nello specifico settore dell'assistenza sanitaria, si vede come anche in questo caso il Parlamento tentasse di arginare una deriva mercantilistica di alcuni settori, nell'ordinamento europeo.

Nelle comunicazione successive, ed in particolare tra il 2006[730] ed il 2007[731] la Commissione aveva, invece, seguito una strada diversa.

In questi documenti più recenti si registra un'inversione dell'orientamento della Commissione, la quale, esplicitamente, aveva stabilito che '*i servizi d'interesse economico generale*: la fornitura e l'organizzazione di tali servizi sono soggette alle norme del trattato CE in materia di mercato interno e concorrenza poiché l'attività è di carattere economico'[732].

---

[726] Commissione delle Comunità Europee, *'Proposta di Direttiva Del Parlamento Europeo E Del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno'*, COM(2004), 2 finale, 31 gennaio 2004.

[727] *Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro verde sui servizi di interesse generale*, Mercoledì 14 gennaio 2004 – Strasburgo

[728] COM(2003) 270.

[729] *Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro verde sui servizi di interesse generale*, n. 21.

[730] Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione della Commissione, *'Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea'*, COM(2006) 177 definitivo.

[731] Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale Europeo, al Comitato delle Regioni, *'I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo'*, COM(2007) 725 definitivo.

[732] COM(2007) 725 definitivo, p. 4.

È chiara la risposta al Parlamento Europeo, e, va altresì detto, che rispetto alla risoluzione di quest'ultimo essa si discosta anche per un altro aspetto.

Il Parlamento infatti aveva proposto che 'per distinguere tra servizi economici e non economici, si potrebbero applicare i criteri seguenti: finalità (commerciale o meno), della fornitura e della messa a disposizione, percentuale di fondi pubblici, entità degli investimenti, scopo di lucro, in quanto distinto dalla copertura dei costi, analisi costi-benefici tra una fornitura a livello locale e aggiudicazione mediante bando di gara a livello europeo, obbligo di garantire i diritti sociali, contributo all'inclusione e all'integrazione sociale; tali criteri possono essere anche utilizzati per stabilire deroghe alle norme generali della concorrenza nel caso dei servizi di interesse economico generale'[733].

Nella comunicazione invece si legge, sempre nella parte in cui la Commissione delucida il ruolo e la natura dell'azione dell'UE, che 'nell'ambito del diritto della concorrenza, secondo la Corte di giustizia non è il settore o lo status di un soggetto che svolge un servizio (ad esempio il fatto che si tratti di un'impresa pubblica, privata, associazione di imprese o parte dell'amministrazione statale), né le modalità di finanziamento a determinare se le sue attività siano da considerarsi economiche o non economiche, bensì la natura dell'attività stessa. Per distinguere, la Corte fa riferimento ad una serie di criteri relativi alle condizioni di funzionamento del servizio all'esame, quali l'esistenza di un mercato, prerogative statali od obblighi di solidarietà'[734].

La spaccatura dunque è ben visibile e la strada seguita dalla Commissione è ancor più chiara.

Sulla base di queste posizioni della Commissione si può dunque cercare di portare il discorso al settore sanitario, esaudendo un ultimo necessario chiarimento, circa la sottile differenza che guidava il differente approccio dell'organo amministrativo dell'UE.

Nelle comunicazioni espresse a cavallo tra i due millenni, dove si registrava una certa cautela, l'attenzione della Commissione era verso la necessità di garantire l'universalità dei SIG e SIEG, dando quindi libertà e discrezionalità agli Stati, in quanto non sottoposti all'applicazione delle regole europee, in particolare concorrenza, ed anche aiuti di Stato.

Essi Stati, si ripeta, erano perciò liberi di valutare quali servizi fosse d'interesse generale, e si doveva poi fare attenzione nel definire, da parte delle autorità quali fossero economici, in quanto l'applicazione delle regole europee non era del tutto escludibile, anzi, le logiche di mercato sembravano ben aderire ad alcuni di questi.

Nelle comunicazioni successive la Commissione, in linea con la Corte, aveva invece posto l'accento solamente sull'attività svolta, tradendo un po' il garantismo degli anni precedenti, in quanto questa valutazione non era certo una regole riproponibile a tutti i servizi indiscriminatamente.

[733] *Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro verde sui servizi di interesse generale*, n. 21
[734] COM(2007) 725 definitivo, p. 5

Dunque, l'elemento, e ciò si evince anche da quanto detto nella COM(2007) 725, che discrimina è la possibile esistenza di un mercato, vale a dire che se si crea concorrenza, perché un mercato esiste, le regole sulla concorrenza dovrebbero applicarsi[735].

1.2.3 Il settore sanitario è un servizio di interesse (economico) generale?

Per poter rispondere a questa domanda occorre riprendere alcuni punti esposti in precedenza, in particolare quando si analizzavano gli elementi principali circa la disciplina della concorrenza.
Risulta utile allo scopo di rispondere verificare come le regole precedenti siano state applicate, per poter valutare innanzitutto se il settore sanitario sia stato, dalla Corte, assimilato ad un SI(E)G.
Successivamente si vedano i documenti prima esposti della Commissione che, si diceva, seguiva le orme della Corte, il quale giudizio, quindi, risulta più opportuno essere visto in precedenza.

Nel voler affrontare questa analisi si parta da una distinzione molto utile, quella fra operatori sanitari, che erogano i servizi, e gli enti, anche pubblici, che invece gestiscono la sanità, nel caso italiano, a differenza del livello che si indaga, possono essere enti statali/regionali, così come le ASL.
Parlando del primo gruppo di soggetti, non c'è una gran sorpresa nell'apprendere che la Corte abbia ritenuto questi enti operanti come imprese, in quanto ingaggiati in attività economiche, e dunque, soggetti alle regole dei Trattati.
Questa conclusione è, talaltro, in linea con il filone giurisprudenziale esposto in precedenza, sulla libera circolazione dei servizi, nel quale la Corte aveva già affermato che l'attività sanitaria costituisce una fornitura di servizi ai sensi degli artt. 56 e 57 TFUE.
In particolare in quei casi non faceva alcuna differenza, in base alle differenze organizzative del sistema sanitario che ciascuno Stato impone, che i pazienti non sostenessero direttamente la retribuzione per il servizio ottenuto.
In maniera 'funzionalistica' la Corte faceva rientrare nell'applicazione delle regole dei Trattati anche i casi in cui la retribuzione costituiva un rimborso.
Lo stesso criterio funzionalistico, come detto, è applicato anche nel caso delle regole sulla concorrenza, e nello specifico, quando si deve valutare se un'entità costituisca impresa ai sensi delle suddette regole.
Nel caso *Pavlov* già citato in precedenza, nel quale la Corte aveva stabilito quando un'attività risulterebbe essere economica.

[735] Ciò rientra a pieno nell'immagine del circolo vizioso proposta in apertura, in quanto l'apertura ai privati permette l'entrata di operatori concorrenti, però poi lo Stato, stando in concorrenza dovrà sottostare a queste regole che lo gravano doppiamente rispetto agli operatori privati, in quanto questo si fa capo anche di interessi pubblici che i secondi non hanno. Questi interessi spesso generano solo una spesa senza profitto, si pensi ai musei o alle scuole. Perciò nella difficoltà di racimolare risorse, lo Stato spesso decide di demandare ai privati altri settori, ma così si amplia il cerchio, in quanto più operatori, minor possibilità di non applicazione delle regole europee sulla concorrenza.

Nella sua analisi successiva la Corte offre un'interpretazione molto importante, anche se relazionata al sistema italiano.

Essa aveva stabilito che 'i medici specialisti […] forniscono, nella loro qualità di operatori economici autonomi, servizi su un mercato, cioè quello dei servizi medici specialistici. Questi medici ricevono dai loro pazienti una retribuzione per i servizi che somministrano loro e assumono i rischi finanziari connessi con l'esercizio della loro attività.

Ciò considerato, i medici specialisti autonomi membri della LSV svolgono un'attività economica e, pertanto, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato, senza che la natura complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione'[736].

Si diceva dell'importanza circa il SSN poiché se si pensa a quanti medici offrano servizi sanitari in regime c.d. *intramoenia*, si può già iniziare ad osservare la natura complessa del sistema italiano, dove alcuni elementi sono fortemente pubblici, e basati sul sistema solidaristico, mentre altri sono stati aperti ad un regime di mercato, nel senso che i privati hanno modo di entrare a far parte della cerchia degli erogatori, nonostante l'importanza della loro azione.

Ma la Corte non ha limitato a ciò la sua analisi, ed ha investito, altresì, altri enti erogatori di servizi sanitari, intesi in senso largo, vale a dire i farmacisti, che in alcuni ordinamenti, come quello italiano, hanno anche, di fatti, goduto di un regime particolarizzato proprio in forza della loro posizione.

Si tratta del caso *CNOP & CCG V. Commissione*[737] ove si chiedeva al tribunale, la IV sezione, di annullare una decisone della Commissione che ordina all'Ordre national des pharmaciens (ONP), al CNOP e al CCG di sottoporsi ad un'ispezione.

In particolare era controverso, dato che la Commissione si avvaleva dei poteri di cui al Regolamento n. 1/2003, circa l'*enforcement* delle regole sulla concorrenza da parte degli Stati, se le farmacie potessero rientrare nella definizione di impresa ed essere assoggettate a talune regole.

La Corte, nel corso della sua analisi, principalmente procedurale in cui valutava la fondatezza del potere della Commissione, giunta al momento di valutare, invece, il merito della causa afferma che 'i farmacisti, per lo meno i farmacisti indipendenti, offrono, in cambio di un corrispettivo, in particolare servizi di distribuzione di medicinali al dettaglio e assumono i rischi economici di tale attività. Occorre quindi concludere che tali persone esercitano attività economiche e, di conseguenza, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 81 CE, 82 CE e 86 CE'[738].

[736] *Pavlov*, par. 76 e 77.
[737] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 26 ottobre 2010, T-23/09.
[738] *CNOP & CCG V. Commissione*, par. 71.

Inoltre, 'oltre ai farmacisti titolari o titolari aggiunti di farmacia, membri della sezione A, anche alcuni membri della sezione G, cioè i direttori e direttori aggiunti dei laboratori di biologia medica, rispondono ai criteri della nozione di impresa'[739].

Appare chiaro come anche i singoli individui siano tacciabili di essere identificati come imprese ai sensi delle regole sulla concorrenza e, dunque, non rileva, come altresì detto, lo status dell'entità in questione.

Di nuovo, l'approccio funzionalista della Corte mette sotto la lente del suo giudizio primariamente il tipo di attività, la quale, se possiede caratteristiche simili a quelle che sono state evidenziate anche nel corso dell'analisi dei casi circa la libera circolazione, la retribuzione in particolare, dunque il carattere economico, permette l'applicazione delle regole sui Trattati.

Quindi, 'this actual or potential offering of services in competition test leads to the conclusion that most if not all private bodies and entities that are active in the provision of health care are likely to be found to constitute undertakings. […] Hence, it is irrilevant whether these undertakings operate in the so-called 'Bismarck system' […] or in what are usually called 'Beveridge systems […]'[740].

Altro discorso invece è opportuno fare se si trattano gli attori che organizzano il medesimo sistema sanitario, e ciò rileva per vari aspetti se si pensa al fine di rispondere alla domanda iniziale.

Di fatti, nel procedere con tale dissertazione appare utile anche andare a vedere la struttura dei sistemi sanitari, in quanto, se si vuole giudicare la natura, eventualmente economica, di un soggetto che gestisce l'assistenza sanitaria e la rispettiva erogazione di prestazioni, non si può fare a meno di analizzare esso nel contesto dello stesso settore, perché non sempre risultano, il soggetto ed il settore che gestisce, elementi scindibili.

'L'accertamento della natura economica dell'assistenza sanitaria risulta invece più articolato, allorché essa è finanziata totalmente o parzialmente dalla spesa pubblica ovvero tramite cassa mutua pubblica o casse di malattia private'[741].

Dunque qui sì che si rileva una possibile differenza tra il sistema di gestione ed organizzazione del sistema sanitario, e ciò viene anche stabilito dalla Commissione, i particolare nella comunicazione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale[742].

Qui la Commissione aveva riconosciuto che 'nell'Unione, i sistemi di assistenza sanitaria variano notevolmente tra Stati membri. Il livello di concorrenza sul mercato fra i vari fornitori di assistenza sanitaria dipende in larga misura dalle seguenti specificità nazionali. In alcuni Stati membri, gli ospedali

[739] *Ibid.*, par. 72.
[740] J. VAN DE GRONDEN W SAUTER, *Taking the temperature: EU competition law and health care*, p. 217, in *Legal issues of economic integration* 38, n. 3, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law international BV, 2011.
[741] A. SCHETTINO, *op. ult. cit.*, p. 120.
[742] GUUE dell'11 gennaio 2012, 2012/C 8/02.

pubblici sono parte integrante di un servizio sanitario nazionale e sono quasi interamente basati sul principio di solidarietà'[743].

Invece riconosceva che 'in molti altri Stati membri, gli ospedali e gli altri fornitori di assistenza sanitaria offrono i loro servizi contro pagamento di un prezzo, sia direttamente dai pazienti o dalla loro assicurazione (14).

In tali sistemi, vi è un certo grado di concorrenza tra ospedali relativamente alla prestazione di servizi sanitari. In tal caso, il fatto che un servizio sanitario sia fornito da un ospedale pubblico non è sufficiente per classificare l'attività come non economica'[744].

A) Il sistema Beveridge

Nel primo gruppo possono essere inseriti i sistemi sanitari italiano e spagnolo, e riguardo quest'ultimo esiste una decisione della Corte che è un precedente fondamentale per poter valutare se l'attività dei soggetti che gestiscono i sistemi appena detti siano economici o meno, fermo restando quanto detto sul resto dei soggetti operanti.

Si tratta del caso *FENIN*[745]e si vedrà a breve, dopo aver posto l'attenzione sul caso nostrano, nel caso c.d. *ICI-IMU*, il quale prima di giungere alla Corte con sede in Lussemburgo, è stato oggetto dell'attenta disamina da parte della Commissione, nella decisione del 19 dicembre 2012, relativa all'aiuto di Stato.

Si vedano innanzitutto i fatti antecedenti al caso.

L'Italia con il Decreto Legislativo 30 dicembre 1992, n. 504, riponeva ordine circa la finanza degli enti territoriali, anche in vista dell'appena approvato D.lgs. 502/92 con il quale veniva risistemato il SSN in maniera più decentralizzata[746].

In particolare con la nuova disciplina venivano esentati dal versamento dell'Imposta Comunale sugli Immobili (ICI) alcuni tipi di enti non commerciali, tra cui quelli che svolgevano attività di natura sanitaria[747].

Inoltre controverso nel caso erano anche altre normative dell'ordinamento italiano circa l'esenzione dell'ICI, in particolare l'art. 149 del Testo unico delle imposte sui redditi, approvato con il Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.

Infine nel 2012, dal 1 gennaio per essere esatti l'ICI veniva sostituito con la nuova Imposta Municipale Propria (IMU), che sarà altresì controversa, anche perché modificava in parte la disciplina, e la stessa Commissione ha approcciato alle due imposte in maniera diversa.

[743] *Ibid.*, punti 21 e 22.
[744] *Ibid.*, punto 23.
[745] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 11 luglio 2006, C-205/03.
[746] Si ricordi, di fatti, la maggiore responsabilizzazione delle Regioni circa la spesa, così da essere ridotta.
[747] Art. 7, I comma lett. *i)*, D.lgs. 504/94.

Senza scendere nei dettagli procedurali della decisione della Commissione va detto che essa aveva iniziato indagini formali in quanto temeva che tali esenzioni potessero costituire aiuti di Stato in favore di taluni enti che non si potevano considerare imprese ai sensi delle regole sulla concorrenza[748].

Nel dover affrontare tale valutazione la Commissione ha dovuto verificare singolarmente i vari casi e settori per stabilire se, effettivamente, l'ente operasse un'attività commerciale e se quindi fosse un'impresa.

Per quanto riguarda l'ICI 'la Commissione aveva ritenuto che gli enti non commerciali beneficiari dell'esenzione ICI fossero da considerarsi imprese, perché svolgevano, almeno parzialmente, attività economiche. In particolare, la Commissione, muovendo da un "approccio funzionale classico", aveva precisato che la circostanza per cui, nella maggior parte dei casi, le attività sanitarie erano fornite per fini di utilità sociale non bastava, da sola, a escluderne la natura economica'[749].

Si veda invece dell'IMU che corrisponde alla normativa subentrata ed in vigore quando la Commissione ha poi emanato la sua decisione.

Nel giudizio relativo a quest'imposta, o esenzione dal suo pagamento, la Commissione ha invece approcciato diversamente, seguendo più il ragionamento che la Corte nel tempo aveva cominciato ad applicare, ed era anche andata ad analizzare più nello specifico il settore sanitario, e per questo interessa fortemente questa parte della decisione.

L'esenzione IMU, nonostante alcune modifiche tiene valida la lista di soggetti di cui all'art. 7, I comma del D.lgs. 504/92, ove rientrano, nell'applicazione di tale esenzione, anche i soggetti che erogano attività sanitarie.

In particolare viene all'attenzione della Commissione il regolamento del Ministero dell'economia e delle finanze del 19 novembre 2012 che stabilisce i requisiti generali e settoriali che permettono di stabilire quando le attività di cui all'articolo 7, primo comma, lettera i), del decreto legislativo n. 504/92 vengono svolte con modalità non commerciali.

Le condizioni da rispettare affinché l'attività non sia commerciale sono due: *a)* le attività sono accreditate dallo Stato, e sono fornite nell'ambito di un contratto o di una convenzione con lo Stato, le regioni o gli enti locali e sono svolte in maniera complementare o integrativa rispetto al servizio pubblico, fornendo agli utenti un servizio a titolo gratuito o dietro versamento di un importo che rappresenta una semplice partecipazione alla spesa prevista per la copertura del servizio universale; *b)* se non accreditate e svolte nell'ambito di un contratto o una convenzione, le attività sono fornite a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi di importo simbolico e comunque non superiore alla metà dei corrispettivi medi previsti per

[748] Si ripropone una ragione per cui è stato opportuno includere le regole sugli aiuti di Stato a quelle sulla concorrenza.
[749] A. SCHETTINO, *op. ult. cit.*, p. 124.

analoghe attività realizzate con modalità concorrenziali nello stesso ambito territoriale, tenuto anche conto dell'assenza di relazione con il costo effettivo del servizio.

Circa la prima, per chiarezza conviene riportare l'integrale testo della decisione della Commissione:

"la Commissione osserva innanzitutto che, come hanno spiegato le autorità italiane, gli enti interessati, per poter beneficiare dell'esenzione, devono formare parte integrante del sistema sanitario nazionale, che offre una copertura universale e si basa sul principio di solidarietà. In tale sistema, gli ospedali pubblici sono finanziati direttamente dai contributi sociali e da altre risorse statali. Tali ospedali forniscono il servizio a titolo gratuito sulla base della copertura universale o dietro versamento di un importo ridotto, che copre soltanto una piccola frazione del costo effettivo del servizio. Gli enti non commerciali che rientrano nella stessa categoria e che soddisfano le stesse condizioni sono anch'essi considerati facenti parte integrante del sistema sanitario nazionale68. Alla luce delle caratteristiche precipue del caso di specie e conformemente ai principi stabiliti dalla giurisprudenza dell'Unione69, considerato che il sistema nazionale italiano fornisce un sistema di copertura universale, la Commissione conclude che gli enti in parola che svolgono le attività sopra descritte e che soddisfano tutte le condizioni previste dalla legge, non possono essere considerati imprese"[750].

Infine, conclude la Commissione, l'attività non può risultare esse economica, ai sensi della legislazione italiana allegata dalle autorità medesime intervenute nelle comunicazioni con la Commissione, poiché il costo, corrispettivo, del servizio, assistenziale o sanitario, rientra nei requisiti di cui al punto *b)*.

Quindi risulta che, quando posto all'attenzione delle istituzioni europee, il SSN sembra essere basato sul principio di solidarietà per cui opera con una modalità che non può essere ascrivibile alla natura economica o commerciale, che magari potrebbe invece essere riscontrata in altri enti gestenti sistemi diversi.

In particolare, il carattere distintivo di questo sistema è il carattere universale, dello stesso e delle prestazioni che offre, a condizioni vantaggiose per gl'individui, in quanto sono messi nella condizione di far affidamento sullo stesso in quanto garante della tutela del diritto alla salute.

Si può dire ora del caso *FENIN*, che si diceva essere una pietra miliare della giurisprudenza della Corte circa la valutazione dell'assistenza sanitaria offerta in un modello sanitario Beveridge, in particolare se risultante in un'attività economica o meno.

Di fatti in questo caso è controversa l'attività dell'ente incaricato dallo Stato di erogare e gestire il sistema sanitario nazionale, dunque investito di diritti speciali o esclusivi, e, di più, l'attività controversa sarà chiesta di essere valutata alla luce degli articoli sulla concorrenza, direttamente.

Concludendo, infine, l'introduzione del caso *FENIN*, si dica che esso torna utile anche per vedere come, quando si prende in considerazione l'attività di enti che gestiscono, o organizzano, i sistemi sanitari, non è

[750] Decisione della Commissione del 19 dicembre 2012, SA.20829, Regime riguardante l'esenzione dall'ICI (Imposta Comunale sugli Immobili) e dall'IMU (Imposta Municipale Propria) per gli immobili utilizzati da enti non commerciali per fini specifici, GUUE L 166 del 18 giugno 2013, p. 35, n. 170.

sempre facile scomporre le loro attività così da cercare di capire se queste siano economiche o meno, atte, quindi, a qualificarli imprese.

FENIN (Federazione spagnola delle imprese operanti nel settore delle tecnologie sanitarie)[751] è l'ente spagnolo rappresentate molti fornitori di prodotti e tecnologie mediche, i quali sono al contempo fornitori del *Sistema Nacional de Salud* (SNS), il sistema composto da numerosi enti pubblici che assicurano la gestione del sistema nazionale di salute in Spagna.

La FENIN nel 1997 aveva lamentato alla Commissione che tali enti appena citati fossero in una posizione dominante nel mercato (sanitario), ed aveva allegato un comportamento che costituiva abuso di quest'ultima posizione, in violazione dell'art. 102 TFUE (allora art. 82 TCE).

In particolare l'abuso della posizione dominante veniva allegato sulla base del comportamento di tali enti di ritardare il pagamento delle forniture di prodotti (medici) ricevuti dai soggetti rappresentati dalla FENIN.

La Commissione, nell'agosto del 1999 aveva rigettato tale richiesta dell'ente rappresentate spagnolo, rispondendo a questo che gli enti in esame, compositori del SNS non potevano essere considerati imprese ai sensi delle regole sulla concorrenza.

Tale decisione della Commissione venne appellata di fronte al Tribunale presso la Corte di Lussemburgo, ma anche quest'ultimo si trovò in linea con il ragionamento della Commissione, in particolare, 'ha ritenuto che tale conclusione derivi dalla situazione in base alla quale l'SNS funziona conformemente al principio di solidarietà sia nelle sue modalità di finanziamento attraverso oneri sociali e altri contributi statali sia nella prestazione gratuita di servizi ai suoi iscritti sulla base di una copertura universale, cosicché gli enti di gestione dell'SNS non agiscono come imprese nella loro attività di gestione del sistema sanitario'[752].

Dunque l'ente spagnolo ha deciso di appellare l'ultima decisione del Tribunale presso la Corte di Giustizia Europea chiedendo l'annullamento della decisione precedente.

Non prendendo in considerazione la sentenza di quest'ultima, si veda quanto è oggetto della sentenza controversa, vale a dire si veda quanto il Tribunale aveva stabilito, poiché è il ragionamento di quest'ultimo che risulta rilevante, dati i suoi contenuti.

Stando agli argomenti delle parti, ed in particolare del ricorrente, il Tribunale dovrebbe annullare la decisione della Commissione in quanto questa basata su degli errori valutativi compiuti nel momento di verificare se l'attività degli enti, tra cui gli ospedali, facenti parte del SNS fosse economica e questi, quindi, delle imprese.

Questo punto crea una divisione interpretativa importante, ed utile se si vede come è stata poi risolta.

[751] Il nome originale è *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria*.
[752] *FENIN*, par. 8.

Si vedano anche le parole dell'Avvocato Generale Maduro[753] il quale, nel valutare il carattere dell'attività di offerta di servizi sanitari gratuiti agli iscritti al SNS, accoglieva le indicazioni del ricorrente che chiedeva, anche sulla base di una giurisprudenza della Corte, di scindere ed analizzare autonomamente le attività degli enti in questione.

'Dalla giurisprudenza emerge che un esame autonomo di ognuna delle attività svolte da un organismo è indispensabile per stabilire se debbano essere qualificate come attività economiche. Una qualificazione autonoma di ciascuna attività è tanto più necessaria nel caso di un ente pubblico, dato che questo può agire come operatore economico per una sola attività, assumendo peraltro funzioni di carattere non economico'[754].

Dunque l'Avv. Gen. ritiene che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto nella sua valutazione.

In particolare, stando anche a quanto allegato dal ricorrente, si doveva far riferimento ad altre sentenze, il caso *Fédération française des sociétés d'assurances*[755] in particolare, in cui si registrava come la Corte avesse attenuato il principio secondo il quale un ente, che fornisce un servizio sociale, basato sul principio di solidarietà, potesse essere considerato, ad ogni modo, come un'impresa, non dando troppa rilevanza al fatto che tale attività sia invece basata sul suddetto principio.

L'Avv. Gen. si rifaceva altresì a queste conclusioni nell'affermare che, per rispettare tali considerazioni della Corte nella causa sopracitata, si dovesse dunque analizzare separatamente le attività del SNS.

Ancora, egli riteneva che le decisioni della Corte fossero, per l'appunto, basate su errori di diritto in quanto le sentenze citate per prendere la decisione non potessero essere applicate per analogia al caso in questione[756].

Inoltre, questo, per spiegare il motivo per il quale costituisse un errore di diritto, da parte del Tribunale, applicare i principi inerenti alla solidarietà, consolidatisi in altri casi citati, nel caso di specie, tracciava un parallelo con le regole sulla libera circolazione, affermando che potesse essere utile, il paragone, 'poiché queste disposizioni di diritto comunitario mirano a raggiungere l'obiettivo comune della realizzazione del mercato interno'[757].

Nello svolgere le sue osservazioni l'Avv. Gen. afferma un principio di grande rilevanza per questa ricerca, in particolare 'nulla osta, infatti, a che una transazione che implichi uno scambio venga qualificata come prestazione di servizi, anche qualora gli enti che partecipino allo scambio non siano imprese ai sensi del diritto della concorrenza'[758].

---

[753] Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, presentate il 10 novembre 2005.
[754] *Ibid.*, par. 43.
[755] C-244/94.
[756] Si tratta dei casi *Poucet e Pistre*, *Albany* e *Federation française des sociétés d'assurances*, nei quali si decideva in merito a degli schemi pensionistici, o, più in generale, del sistema previdenziale o di assistenza, diverso dal SNS in oggetto.
[757] Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, par. 51.
[758] *Ibid.*

E ciò costituisce un importante discrimine rispetto alle regole sulla libera circolazione, per cui anche se accomunate dalle finalità, queste due categorie di regole, sono diverse per oggetto e modalità e dunque vanno esaminate in diverse sedi, anche perché gli effetti sono diversi.

Passando ora a quanto affermato dalla Corte, per decidere, si noti che questa aveva da subito posto l'attenzione alla modalità per valutare l'attività degli enti formanti il SNS.

Essa, declinando meglio il principio in *Höfner*, aveva ritenuto che 'a tale proposito, ciò che caratterizza la nozione di attività economica è l'offerta di beni o servizi su un determinato mercato e non l'attività di acquisto in quanto tale.

Così, come sostiene la Commissione, non si deve separare l'attività di acquisto del prodotto dall'utilizzazione successiva del prodotto acquistato dal compratore, al fine di valutare la natura di tale attività. Si deve pertanto ritenere che il carattere economico o non economico dell'utilizzazione successiva del prodotto acquistato determini necessariamente il carattere dell'attività di acquisto'[759].

La Corte altresì rispondeva all'argomento del ricorrente che riteneva che il principio di solidarietà non si applicava al caso, facendo leva su alcune considerazioni di altri Avvocati Generali, poiché controverso era il comportamento degli enti pubblici quando acquistavano presso terzi dei beni.

In tal senso la Corte, dopo aver per l'appunto ritenuto come tale acquisto non potesse essere scisso dall'uso successivo, notava che 'quando un'entità acquista un prodotto, anche se lo fa in gran quantità, non per offrire beni o servizi nell'ambito di un'attività economica, ma per impiegarlo nell'ambito di un'altra attività, per esempio un'attività di natura puramente sociale, essa non agisce in qualità di impresa per il solo fatto di operare come acquirente sul mercato'[760].

Dunque, anche mettendo in guarda sul possibile effetto di questo comportamento dell'ente[761], quale SNS, sul mercato economico, la Corte ritiene di primaria rilevanza l'elemento sulla base del quale si fonda l'azione, successiva all'acquisto di tali beni, da parte dell'ente, quindi il principio delle sentenze citate, e messe in discussione, per cui anche se non simili nell'oggetto della causa il principio di solidarietà si applicava in ogni caso.

Infine la Corte aveva affermato che 'nel caso di specie è certo che il SNS, gestito dai Ministeri e dalle altre entità a cui si riferisce la denunzia presentata dalla ricorrente, funziona conformemente al principio di solidarietà per le sue modalità di finanziamento attraverso contributi sociali e altri contributi statali e per la sua prestazione gratuita di servizi ai suoi iscritti sulla base di una copertura universale. Così, tali entità non agiscono come imprese nella loro attività di gestione del SNS'[762].

[759] *FENIN*, par. 36.
[760] *Ibid.*, par. 37.
[761] In particolare si trattava di un caso di monopsonio.
[762] *FENIN*, par. 40.

Come nel caso italiano visto in precedenza, un sistema sanitario nazionale basato sull'universalità delle prestazione e dell'accesso, dunque basato sul principio di solidarietà, anche relativamente al metodo di finanziamento dello stesso, sembrerebbe essere escluso dall'applicazione delle regole sulla concorrenza, in quanto il servizio che offre può essere ascritto alla categoria dei SIEG.

Va altresì sottolineato, dell'ultimo caso, che il ragionamento della Corte è importante proprio perché non segue la proposizione dell'Avv. Gen. a distinguere tra le attività.

Infine si dica di un ultimo aspetto rilevante di questa decisione.

L'Avv. Gen. Maduro nelle sue conclusioni, nel distinguere tra l'ambito di applicazione delle regole sulla concorrenza e sulla libera circolazione, offre uno spunto importante, in particolare, per affermare la distinzione tra queste.

Volendo analizzare, in quanto questo è lo scopo qui prefissato, gli effetti delle politiche europee sui sistemi sanitari nazionali, si può vedere come le regole sulla concorrenza siano state applicate in una maniera indiscriminata, nel senso di aver avuto effetti, si veda la giurisprudenza in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera, su tutti i tipi di sistemi sanitari, proprio perché, indipendentemente dalle caratteristiche dei singoli sistemi, l'erogazione di una prestazione sanitaria costituisce servizio ai sensi degli artt. 56 e 57 TFUE.

Invece le regole sulla libera concorrenza non sono elastiche fino a tal punto, nel senso che queste, in maniera rigida, devono essere applicate caso per caso ai vari sistemi e vedere che possibilità di applicazione hanno.

Sicuramente, e si è appena visto, nei sistemi c.d. Beveridge si registra una certa impermeabilità degli stessi alle regole sulla concorrenza.

Si veda ora dei sistemi basati sul c.d. modello Bismark

B) Il sistema Bismark

Vedendo ora come le regole europee, in materia di concorrenza, si applichino ai sistemi sanitari diversi da quelli appena visti, si tracci una distinzione come quando analizzata l'applicazione delle regole sulla libera circolazione ai medesimi sistemi.

In particolare si veda prima il giudizio della Corte quando ad oggetto dell'analisi vi era un sistema come quello tedesco che, si era visto, prevede il rimborso in natura delle spese, a fronte di un'assicurazione al sistema.

Poi si veda un sistema come quello belga che invece prevede un rimborso in denaro come si era visto nel sistema lussemburghese, analizzato nei casi *Decker* e *Kohll*.

Del sistema tedesco si vedranno due casi fondamentali, il caso *AOK*[763] e il caso *Asklepios*[764].

[763] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 16 marzo 2004, Cause riunite 264/01, 306/01, 354/01 e 355/01.

Si parta proprio da quest'ultimo caso, in cui il ricorrente è la società di diritto privato Asklepios, la quale è specializzata nella gestione di centri ospedalieri.

Nel gennaio 2003 la ricorrente ha richiesto la Commissione di investigare su presunti aiuti di Stato offerti dall'amministrazione tedesca in favore degli ospedali pubblici[765].

Al termine delle sue indagini, nel 2005 la Commissione aveva adottato la decisione 2005/842/CE con la quale aveva applicato l'art. 86, II comma TCE (ora art. 106, II comma TFUE), valutando tali aiuti di Stato conformi al diritto europeo, in particolare in quanto 'compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale'[766].

Avverso tale decisone la società ricorrente aveva proposto ricorso al Tribunale, allegando in particolare che la Commissione aveva disatteso un obbligo di agire nel prendere la decisione, e nello specifico l'obbligo che grava su questa di assumere, e trattare, le denunce che riceve in maniera imparziale e diligente, oltre che ad agire entro un termine ragionevole (art. 88, II comma TCE).

La Commissione, dal canto suo, trovatasi poi in situazione di ragione riguardo questo punto, nel merito, allegava che il ricorso non fosse procedibile per questioni di diritto, e nello specifico, allegava che la società Asklepios non fosse legittimata a proporre azione 'in quanto un privato può proporre ricorso per carenza contro un'istituzione che abbia omesso di emanare nei suoi confronti un atto che l'avrebbe riguardato direttamente ed individualmente ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE. La ricorrente sarebbe direttamente ma non individualmente interessata dalla decisione relativa alla sua denuncia'[767].

Questo è l'elemento della decisione che occorre sottolineare in quanto per poter verificare, il Tribunale, se la decisione della Commissione interessasse direttamente il ricorrente si è soffermata a valutare l'esistenza di una concorrenza tra Asklepios e gli altri operatori pubblici ottenenti le compensazioni controverse.

Dunque, se esisteva concorrenza, l'attività di dispensare cure ospedaliere si può ritenere essere attività economica ai sensi delle regole riguardanti la stessa.

Tale carattere dell'attività non è stato, di fatti, indagato dalla Corte, anzi 'il Tribunale ha dato quasi per scontato il carattere economico dell'assistenza sanitaria'[768].

Di fatti, lo stesso, rileva che 'gli interessati ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE sono le persone, imprese o associazioni eventualmente lese nei loro interessi dall'erogazione di un aiuto, vale a dire, in particolare, le imprese concorrenti dei beneficiari di tale aiuto e le organizzazioni di categoria'[769].

---

[764] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 11 luglio 2007, T-167/04.

[765] I casi riguardanti gli aiuti di Stato prendono tutti inizio da indagini della Commissione, si veda anche il caso italiano analizzato in precedenza, in quanto questa è dotata di poteri investigativi per verificare se tali misure statali siano o meno violanti la norme europee in materia di concorrenza. Solitamente, ed in particolare a seguito del Regolamento n. 1/2003, gli Stati sono dotati di autorità nazionali che garantiscano il rispetto delle regole suddette, ma la Commissione può indagare e prendere decisioni autonomamente se le misure in questione hanno la possibile portata di distorcere il mercato, e la concorrenza, in particolare compromettendo il commercio tra Stati.

[766] In particolare si veda la decisione 2005/842/CE, GUUE L 312, p. 67.

[767] *Asklepios*, par. 26.

[768] A. SCHETTINO, *op. ult. cit.*, p. 126.

Prosegue, e conclude, il Tribunale, affermando che 'nel caso di specie, la ricorrente gestisce 39 centri ospedalieri privati, ripartiti su tutto il territorio della Repubblica federale di Germania. Essa si trova dunque in concorrenza con taluni ospedali del settore pubblico beneficiari dell'aiuto.
Tale circostanza basta a comprovare la sussistenza di un rapporto concorrenziale sufficiente tra la ricorrente ed almeno taluni beneficiari dei provvedimenti denunciati, affinché essa possa essere considerata parte interessata ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE'[770].

Passando ora, invece, al caso *AOK*, si veda una decisione riguardante il medesimo sistema sanitario, ma con esiti diversi.
Nella causa pendente vennero sollevate delle questioni pregiudiziali dal giudice della causa principale che vedeva contrapposte delle associazioni di categorie da una parte, in particolare delle associazioni di casse di malattia, alle quali, stando al sistema tedesco, come visto, devono obbligatoriamente iscriversi i dipendenti pubblici, e delle società farmaceutiche dall'altro, che allegavano di aver subito danni dal comportamento dalle sopracitate associazioni, violante la concorrenza.
Ma si dica prima del sistema sanitario tedesco, che si era detto essere basato sull'assicurazione obbligatoria dei propri cittadini a delle casse di malattia, 'organismi di diritto pubblico dotati di personalità giuridica e gestiti in modo autonomo'[771].
Tali enti sono finanziati dalla quota di partecipazione dei propri iscritti, e la Corte rileva come 'le casse malattia sono in situazione di concorrenza per quanto riguarda l'aliquota contributiva al fine di attrarre gli iscritti obbligatori e gli iscritti volontari'[772].
Infine, come si era detto, il sistema in questione è basato non tanto sul rimborso a posteriori delle prestazioni, bensì sull'erogazione di prestazioni in natura.
Bisogna ora sottolineare che, ferma restando l'obbligatorietà dell'assicurazione, e ciò vale per i dipendenti pubblici, alcuni sono dispensati, e ciò vale sia per quelli con un reddito superiore ad un certo livello, stabilito per legge, sia per quelli soggetti ad un regime legale speciale, si fa menzione dei funzionari.
Circa il rimborso, infine, anche se costituito dall'erogazione di prestazioni in natura, quando si tratta di spese sostenute per medicinali acquistati presso le farmacie, la cassa di malattia prevede un rimborso fino ad un massimale, per cui il rimborso è integrale se la spesa è uguale o inferiore a quest'ultimo.
Controverso nella causa è i comportamento delle associazioni di casse convenute, le quali avevano modificato tali massimali.
Ciò avviene una volta l'anno e si basa su un principio di solidarietà tra le casse 'in forza del quale è effettuata una compensazione tra le casse malattia al fine di correggere le disparità finanziarie risultanti

[769] *Asklepios*, par. 49.
[770] *Ibid.*, par. 51.
[771] *AOK*, par. 5.
[772] *Ibid.*, par. 8.

dalle differenze attinenti all'entità dei rischi assicurati. Così, le casse malattia che assicurano i rischi meno onerosi contribuiscono al finanziamento di quelle che assicurano i rischi più onerosi'[773].

Tra le questioni pregiudiziali sollevate una è di particolare interesse, quella nella quale si chiede 'in sostanza alla Corte se le regole di concorrenza previste dal Trattato CE ostino allo stabilimento da parte di associazioni di casse malattia, come le federazioni di casse, di massimali corrispondenti al limite massimo del prezzo dei medicinali presi a carico dalle casse malattia'[774].

Dunque, considerando tale questione, si chiede alla Corte di valutare se 'associazioni di casse malattia, come le federazioni di casse di cui alla causa principale, debbano essere considerate come imprese o associazioni di imprese ai sensi dell'art. 81 CE quando stabiliscono massimali corrispondenti al limite massimo del prezzo dei medicinali presi a carico dalle casse malattia'[775].

Nel dover rispondere a tale questione la Corte ritenne opportuno compiere l'analisi se una cassa di malattia costituisse impresa, prima di vedere se l'associazione di queste lo fosse.

Dunque si doveva cercare di valutare se tali organismi, in quanto operanti all'interno di un sistema previdenziale, operassero secondo principi miranti a realizzare obiettivi sociali.

Rifacendosi alla giurisprudenza vista in precedenza per il caso *FENIN*[776], 'la Corte ha giudicato che ciò si verifica nel caso di casse malattia che applicano esclusivamente la legge e non hanno alcuna possibilità di influire sull'ammontare dei contributi, l'impiego dei fondi e la determinazione del livello delle prestazioni. Infatti la loro attività, fondata sul principio della solidarietà nazionale, è priva di qualsiasi scopo di lucro e le prestazioni fornite sono prestazioni legali, indipendenti dall'ammontare dei contributi'[777].

Analizzando anche le sentenze che l'Avv. Gen. aveva allegato nelle sue conclusioni al caso *FENIN*, in particolare *Albany* e *Federation française des sociétés d'assurances*, la Corte era giunta alla conclusione che nel caso di specie, e in pieno rispetto del caso *Poucet e Pistre*, le casse di malattia tedesche operano perseguendo obiettivi esclusivamente sociali, in quanto 'le casse malattia sono legalmente tenute a offrire ai loro iscritti prestazioni obbligatorie, essenzialmente identiche, che sono indipendenti dall'ammontare dei contributi. Tali casse non hanno così alcuna possibilità di influire su tali prestazioni'[778].

Dunque 'casse malattia non sono quindi in concorrenza tra loro né con istituti privati per la concessione delle prestazioni legali obbligatorie in materia di cure o di medicinali che costituisce la loro funzione essenziale'[779].

L'unico elemento di concorrenza tra queste è la fissazione dell'aliquota, che può variare, ma ciò, ha ritenuto la Corte, non era sufficiente a rimettere in discussione quanto stabilito.

[773] *AOK*, par. 10.
[774] *Ibid.*, par. 31.
[775] *Ibid.*, par. 32.
[776] In particolare la causa *Poucet e Pistre.*
[777] *AOK*, par. 47.
[778] *Ibid.*, par. 52.
[779] *Ibid.*, par. 54.

Quest'elemento di concorrenza appena visto serviva solamente, da parte del legislatore tedesco, a far sì che le casse di malattia agissero secondo i principi di corretta gestione, così da ridurre le tariffe, per attrarre gli assicurati, fermo restando che non possono incidere sulle prestazioni.

Per cui, 'poiché l'attività di organismi quali le casse malattie non è di natura economica, ne consegue che tali organismi non costituiscono imprese ai sensi degli artt. 81 CE e 82 CE'[780].

Infine la Corte ha valutato se, ferme queste considerazioni preliminari riguardo le singole casse, quando fissano i massimali le associazioni rappresentanti le stesse, queste operano svolgendo attività economica.

La Corte ha però rilevato che nel fissare tali massimali, che vengono rivisti ogni anno, le associazioni di casse di malattia operano assolvendo un obbligo loro imposto dalla legge, in particolare 'dall'art. 35 dell'SGB V allo scopo di assicurare la continuità del sistema di previdenza sociale tedesco'[781].

Dunque le associazioni nel far ciò, rispettando altresì dei criteri fissati per legge, 'non perseguono un interesse proprio che potrebbe essere distinto dall'obiettivo esclusivamente sociale delle casse malattia. Al contrario, procedendo a tale determinazione, tali federazioni svolgono un compito che è assolutamente collegato all'attività delle casse'[782].

Quindi queste non operano come imprese, neanche 'quando stabiliscono massimali corrispondenti al limite massimo del prezzo dei medicinali presi a carico dalle casse malattia'[783].

Si veda infine del caso investente il sistema sanitario belga, fermo restando che il medesimo discorso, così come per quanto riguarda quello tedesco, potrebbe essere espanso anche ai diversi sistemi che presentano caratteristiche analoghe.

Il caso belga, in particolare il caso *CBI*[784], potrebbe benissimo essere riportato nei confini olandesi dove il sistema è fortemente privatizzato, e se ne dirà in seguito.

Anche questo caso, come alcuni di quelli visti in precedenza, prende vita da una denuncia alla Commissione da parte di CBI, 'un'associazione di diritto belga che riunisce nove ospedali privati stabiliti nella Regione di Bruxelles-Capitale'[785], la quale allegava che delle compensazioni a favore di IRIS, 'un'associazione di vertice di diritto pubblico belga che riunisce cinque associazioni di diritto pubblico che gestiscono, a loro volta, i cinque ospedali pubblici generali della Regione di Bruxelles-Capitale'[786], da parte delle autorità pubbliche costituisse un aiuto di Stato.

[780] *AOK*, par. 57.
[781] *Ibid.*, par. 61.
[782] *Ibid.*, par. 63.
[783] *Ibid.*, par. 65.
[784] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 7 novembre 2012, T-137/10.
[785] *CBI*, par. 3.
[786] *Ibid.*, par. 4.

Nel caso, inoltre, il Tribunale, prendendo visione della decisione della Commissione, ha notato come questa abbia basato la propria valutazione sui principi espressi nella decisione 2005/842/CE, di cui al caso *Asklepios*.

Perciò ci si può aspettare un esito simile, e, di fatti, il Tribunale persegue una strada speculare a quella vista in precedenza.

In particolare, ragionando come nel caso precedente, si riconosce, in conformità, altresì, della giurisprudenza di cui ai casi sulla libera circolazione, che l'assistenza sanitaria *stricto sensu* costituisca un servizio, ed in particolare un'attività economica.

Inoltre, inserendola nel sistema sanitario in questione, quello riguardante la zona della Regione di Bruxelles-Capitale, si vede come gli operatori siano in concorrenza fra di loro nell'erogare le suddette prestazioni, per cui, la decisione della Commissione che aveva esonerato le imprese pubbliche dall'applicazione delle regole sugli aiuti di Stato, in quanto perseguivano un fine sociale, incaricate dallo Stato di perseguire tali obietti, altresì incaricate di gestire l'erogazione del servizio, è stata annullata.

Nel merito il Tribunale aveva riscontrato che non sussistevano le condizioni di cui al caso *Altmark*, per cui la Commissione aveva valutato erroneamente le condizioni da soddisfare per non applicare le regole in questione[787].

Si può concludere che nei casi *Asklepios* e *CBI*, che però, va sottolineato, riguardano la disciplina sugli aiuti di Stato, che tuttavia può essere fatta rientrare nel contesto delle regole europee sulla concorrenza, 'la Commissione e il Tribunale hanno basato quindi le proprie valutazioni su un approccio funzionale classico'[788].

Ricollegandosi anche a quanto si vedeva nelle varie comunicazione della Commissione, in questi casi specifici si è applicato l'approccio interpretativo per cui si valutava solamente la sussistenza di un mercato, indipendentemente dai principi, in particolare quello solidaristico, che invece hanno, altrove, orientato fortemente la decisione dei giudici europei.

In particolare si può provare a trarre una conclusione, date le somiglianze tra i due casi appena citati, ed anche con quello italiano visto in precedenza.

Quando si tratta di casi concernenti gli aiuti di Stato la Commissione è l'istituzione dotata di poteri atti a valutare la possibile violazione delle regole sugli aiuti di Stato, in particolare in forza dell'art. 108 TFUE.

Una volta che questa indaga, la sua decisione si basa solo su quanto portato alla sua conoscenza, e, in caso di appello al Tribunale, questo potrà giudicare basandosi sugli stessi fatti, in quanto ulteriori elementi dovevano essere allegati in precedenza.

[787] In particolare non sembrava essere soddisfatta la condizione per cui l'ente in questione fosse stato investito con un atto pubblico delle autorità della possibilità di gestione del servizio.
[788] A. SCHETTINO, *op. ult. cit.*, p. 128.

Perciò le decisioni non sempre si basano su una visione completa del sistema, dunque, il filone giurisprudenziale che contribuiscono a consolidare, queste decisioni, ben potrebbe essere modificato.

Inoltre, stando alle decisioni viste, si può notare come quest'approccio ortodosso, del funzionalismo, è più aderente a cause circa gli aiuti di Stato che, si è detto, costituiscono parte delle regole sulla concorrenza, ma, ad ogni modo, se ne discostano anche.

La fonte per le decisioni, circa l'applicazione di tali regole a certi casi, è costituita dalla famosa sentenza *Altmark*, poi specificata in un pacchetto di Direttive, il c.d. pacchetto *Almunia*.

Applicando le condizioni ivi previste, vi si ravvisano confini decisionali che non riguardano invece la nozione di impresa, la quale rileva circa le ulteriori regole sulla concorrenza, in particolare, non trovano uno spazio le valutazioni in merito ai principi che orientano il sistema in questione.

Nei casi che invece concernono le altre regole tali principi costituiscono una valida giustificazione per esentare l'applicazione delle regole di cui, in particolare, agli artt. 101 e 102 TFUE.

Ciò permette, altresì, di considerare quando, dato che il sistema si basa su principi come quello di solidarietà e manca lo scopo di lucro, il sistema che eroga un servizio come quello sanitario costituisca un SIEG.

Sembrerebbe che i sistemi di cui al modello Beveridge siano spesso esentati dalle regole suddette in quanto possibilmente identificabili come SIEG, fermo restando che è lo Stato a dover chiarire quando un servizio sia così classificabile.

Negli altri sistemi il rischio è quello che un'eccessiva privatizzazione crei un mercato che, da un lato, data la possibilità di ravvisare la sua stessa esistenza, determini l'applicazione delle regole sugli aiuti di Stato, dall'altro, in quanto la concorrenza potrebbe determinare che l'attività controversa sia economica, così da poter essere di qualità, ed efficiente, vengano messi in pericolo valori comuni ai vari sistemi quali l'universalità e l'uniformità delle prestazioni.

Il caso *AOK* va in un'altra direzione rispetto a tale affermazione, ma l'incertezza, circa la possibilità di classificare tali servizi come SIEG esenti dalle regole sulla libera concorrenza, rimane.

Stando a queste valutazioni, basate sulle decisioni delle istituzioni, e sui loro atti, in particolare le comunicazioni della Commissione, si può ritenere senza ombra di dubbio che i servizi sanitari costituiscano settori di particolare sensibilità e rilevanza, anche nell'ordinamento europeo, e ciò sin dalle prime comunicazioni è riscontrabile.

Ciò che è mutato nel tempo è non tanto la loro classificazione, che permette ancora gli Stati di identificare quest'ultimi con la definizione di SIEG, bensì l'approccio europeo a riguardo, in particolare quando si ritiene che le regole del mercato, ed i fini ad esso collegati, non siano incompatibili con l'erogazione di tali servizi, anche se lo Stato deve essere posto in concorrenza con altri operatori.

L'incisività delle regole europee si registra nei momenti in cui, ora la Commissione sull'applicazione delle regole sugli aiuti di Stato, ora la Corte circa le regole sulla concorrenza (e sulla libera circolazione), valutano la sussistenza degli elementi che si è visto essere necessari esistere affinché non vi sia l'applicazione delle regole suddette.

In sostanza, ed in conclusione, la distanza tra questi due elementi, i SI(E)G e le regole sul mercato, che si vedeva nella prima comunicazione del 1996 della Commissione sembrerebbe essersi ridotta, sbilanciandosi verso le regole del mercato.

Un po', si può provare a pensare, per un fattore 'naturale', in quanto dal 1996 in poi la politica economica, ed anche quella sociale, si è indirizzata, sul piano internazionale, verso la supremazia dell'economia[789]immaginando che l'applicazione perfetta delle sue regole potesse essere un giovamento anche per i settori di rilevanza sociale, poiché da un lato la spesa dello Stato, con le privatizzazioni, viene ridotta, dall'altro, la libera e corretta concorrenza permette al mercato di funzionare da equilibratore sociale, come si diceva.

Tale processo, 'naturale', permetterebbe, dunque, l'applicazione delle regole europee, in quanto innegabilmente prediligono la creazione di un mercato, sempre per le finalità sopra esposte.

Il fattore interessante da valutare, per comprendere meglio, è proprio che ruolo abbia rivestito il processo di 'privatizzazione'.

1.3 Le privatizzazioni del settore sanitario

Comunemente si usa il termine privatizzazione per indicare il processo attraverso il quale gli Stati, e le rispettive autorità, trasferiscono competenze ritenute solitamente preminentemente pubbliche a degli operatori privati.

Per essere più oggettivi, nel compiere un'analisi di questo processo, e di come questo si relazioni al diritto europeo, si parlerà di deregolazione di alcuni settori, come si diceva, solitamente pubblici, in favore dell'intervento privato.

Questo processo è altresì tipico di alcune tradizioni in particolare in periodi di crisi, di fatti la 'liberalizzazione dei mercati tra fine anni Settanta e soprattutto primi anni Ottanta, con le politiche anglo-americane di *deregulation* ispirate da Reagan e Thatcher'[790] è un fenomeno che venne sostenuto ed auspicato proprio per dare una risposta alla crisi economica di quegli anni.

[789] A tal riguardo si riveda quanto detto dell'opera di A. SANDULLI.

[790] A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa, l'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo,* p. 61, Milano, FrancoAngeli, 2018.

Volendo ora cercare di dare una fisionomia a che tipo di attività possono essere fatte rientrare nel concetto di deregolazione, si può dire che 'deregulation will include, inter alia, the allocation of resources to private contractors, the granting of licences to provide services and the sub-cotracting of ancillary services'[791].

Per vedere, infine, in che modo questo fenomeno si relazioni con il diritto europeo, si dica di un principio importante fondante quest'ultimo.

Sin dagli anni Sessanta la Corte, con le due ravvicinate sentenze di *Van Gend en Loos*[792] e *Costa*[793], ha ravvisato come il diritto europeo goda di uno status di supremazia rispetto al diritto nazionale, nel senso che quest'ultimo non può risultare in contrasto con il primo, e che, per sua natura, il diritto europeo, stando a quanto appena detto, sia direttamente applicabile da parte dei cittadini, non solo dalle autorità (c.d. *direct effect*).

Ora, l'invocazione di questo da parte dei cittadini europei appare indiscusso se si tratta di libera circolazione, ma in materia di concorrenza?

Appare indiscutibile sostenere la medesima conclusione anche per queste regole, in particolare, e ciò conviene specificarlo, gl'individui possono chiedere la tutela di fronte al giudice nazionale in quanto, a seguito dell'adozione del Regolamento 1/2003, il controllo sul rispetto delle regole sulla concorrenza è stato spostato sulle autorità antitrust nazionali.

Dunque, questa possibilità per i privati di invocare il diritto europeo va ora inserita nell'ambito attualmente in esame.

'Deregulation has led to an increased role for private actors in the delivery of public healthcare'[794].

Data la maggiore presenza di operatori privati si genera una rispettiva possibilità che i medesimi invochino le regole europee per sottoporre al vaglia delle corti nazionali le misure e le politiche degli Stati, rischiando di compromettere il rispetto di quanto stabilito all'art. 168, VII comma TFUE.

Analizzando ora un caso in cui ciò è avvenuto, proprio perché conseguenza della deregolazione di una prestazione del settore sanitario in favore di imprese private, si veda l'approccio della Corte così da poter trarre una conclusione rispetto a quanto si diceva in apertura circa la relazione tra questo fenomeno della deregolazione ed il diritto europeo.

Il caso in questione è *Ambulanz Glöckner*[795]e la controversia verteva sul fatto che all'impresa di diritto privato, per l'appunto Ambulanz, non era stato rinnovata, dal Lander tedesco Renania-Palatinato, un'autorizzazione a fornire servizi di trasporto di malati in ambulanza.

---

[791] A. CYGAN, *Public healthcare in the European Union: still a service of general interest?*, p. 542, in *International and comparative law quarterly*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
[792] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 5 febbraio 1963, C-26/62.
[793] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 15 luglio 1964, C-6/64.
[794] A. CYGAN, *op. ult. cit.*, p. 542.
[795] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 25 ottobre 2001, C-475/99.

Nello specifico, è competenza di ciascun Lander disciplinare il servizio di soccorso medico di urgenza, così come può spettare a ciascun Lander assumersi la responsabilità per l'erogazione del suddetto servizio.
Nel caso di specie la disciplina rilevante è contenuta nel *RettDG* 199.
Ancora, tra il 1989 ed il 1991 è intervenuta una modifica della disciplina che modificava le regole che, in precedenza erano contenute nella disciplina generale inerente al trasporto di persone, per cui l'assistenza in ambulanza, con il rispettivo trasporto, rientravano nella definizione di trasporto di persone con veicolo a noleggio.
Su tale base, anche i requisiti di coloro che potevano offrire tale servizio venivano identificati, ed, in particolare, i vari operatori necessitavano di 'un'autorizzazione il cui rilascio era subordinato a condizioni di sicurezza e di efficienza dell'operazione e a garanzie circa l'affidabilità e la qualificazione professionali dell'operatore'[796].
Ciò non venne eccessivamente modificato dalla nuova disciplina che, tuttavia, prevedeva un'eccezione al rilascio della suddetta autorizzazione, in particolare quando 'sia prevedibile che il suo uso lederà l'interesse pubblico ad un servizio di soccorso medico d'urgenza efficiente'[797].
L'autorizzazione negata all'impresa ricorrente è datata nel 1994, dopo che le venne rilasciata per già nel 1990, quando però la disciplina non era ancora stata modificata, per cui, in forza delle modifiche le autorità non ritennero possibile il rilascio della stessa.
Nel sistema in questione l'erogazione del servizio di ambulanza, in via di emergenza, è gestito da due organizzazioni sanitarie, per cui le autorità pubbliche, quando ricevettero la richiesta dell'Ambulanz di rinnovo dell'autorizzazione, si rivolsero alle due organizzazione per valutare che effetti avrebbe avuto l'intervento di un ente privato sulle condizioni di erogazione del servizio gestito da queste.
Esse, dato che il servizio di trasporto d'urgenza è per definizione *no-profit*, affermarono che l'intervento di un altro operatore che, data l'economicità, ben poteva occuparsi del più profittabile settore del trasporto non d'urgenza, 'le avrebbe obbligate ad aumentare i contributi degli utenti oppure a ridurre le loro prestazioni'[798].
Sulla base di ciò le autorità pubbliche le negarono il rinnovo, in particolare sulla base del fatto che altrimenti facendo si rischiava che si compromettesse l'efficienza del servizio, anche considerando la sua accessibilità.
Avverso tale diniego l'Ambulanz aveva fatto ricorso presso le autorità nazionali, che in primo grado le diedero ragione, così le autorità pubbliche soccombenti fecero ricorso al Oberverwaltungsgericht Rheinland Pfalz.

[796] *Ambulanz Glöckner*, par. 6.
[797] *Ibid.*, par. 7.
[798] *Ambulanz Glöckner*, par. 13.

Il giudice sollevò una questione pregiudiziale, chiedendo alla Corte 'se la concessione di un monopolio in materia di servizi di trasporto di malati in una determinata zona geografica sia compatibile con l'art. 86, n. 1, CE e gli artt. 81 e 82 CE'[799].

Nel risolvere tale questione la Corte ha iniziato innanzitutto col verificare la possibilità di applicare l'art. 86 del Trattato CE, e nel far ciò ha dovuto sciogliere la questione se le organizzazioni sanitarie interessate costituissero imprese ai sensi delle regole sulla concorrenza, così che queste possano essere applicate.

Richiamando, quindi, la costante giurisprudenza in materia, la Corte ha rilevato 'che, per quanto riguarda la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati, entità come le organizzazioni sanitarie devono essere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal Trattato'[800].

A questa conclusione la Corte ci è giunta analizzando come i servizi in questione siano forniti dalle organizzazioni convenute, ma non è sempre stato così, di fatti Ambulanz ha erogato, per il medesimo mercato di servizi, tali prestazioni, per cui l'attività risulta economica e le entità imprese.

Successivamente non si riscontra alcuna violazione del medesimo articolo 86 TCE in disposto con l'art. 81 che sanziona gli accordi tra imprese.

In particolare, Ambulanz allegava che tale violazione sussistesse come conseguenza dell'applicazione della nuova disciplina del Lander, nella parte, più specificatamente, in cui prevede che per il rilascio dell'autorizzazione si possano udire le organizzazioni.

La violazione ad ogni modo non sussisteva in quanto non vi era alcun accordo tra le imprese per spartirsi il mercato e la rispettiva gestione, anzi le autorità emanano la loro decisione, alla fine, in maniera unilaterale, 'e sotto la loro esclusiva responsabilità, in base alle condizioni stabilite dal RettDG 1991'[801].

Successivamente la Corte ha analizzato la possibile esistenza della posizione dominante da parte delle imprese suddette, così come se fosse possibile ravvisare un abuso a causa della nuova disciplina.

Per quanto riguarda il primo elemento da definire la Corte ha dato indicazioni al giudice nazionale così da risolvere tale questione, ma nel corso del ragionamento si è espresso un importante principio, qui decisamente rilevante.

Su indicazioni, anche, della Commissione, intervenuta al procedimento, si distingue tra i due mercati dell'assistenza d'urgenza e non urgenza con le ambulanze[802].

Si era rilevato che 'anche se i servizi di cui trattasi sono simili, non per questo sono intercambiabili o sostituibili a causa delle loro caratteristiche, dei loro prezzi o dell'uso al quale sono destinati.

---

[799] *Ibid.*, par. 17.
[800] *Ibid.*, par. 22.
[801] *Ambulanz Glöckner*, par. 28.
[802] La rilevanza risulta ancor più chiara se tale previsione si unisce alle conclusioni dell'Avv. Gen. Maduro nel caso *FENIN*. In quel caso, di fatti, l'Avv. Gen. aveva proposto come possibile la scomposizione delle attività degli enti pubblici gestenti il sistema sanitario, così, allo stesso modo, in questo caso le due attività vengono divise. Per maggiori approfondimenti si veda A. CYGAN, *op. ult. cit.*

Non solo i servizi di trasporto non di urgenza non offrono necessariamente una valida soluzione alternativa ai servizi di trasporto d'urgenza, che richiede, 24 ore su 24, personale altamente qualificato e un'attrezzatura particolarmente sofisticata, ma il trasporto d'urgenza, particolarmente costoso, non può nemmeno essere considerato una valida alternativa al trasporto non urgente'[803].

Da soffermarsi sul fatto che la non possibile coincidenza e sovrapposizione dei due mercati si deve alla maggior onerosità del mercato di trasporto emergenziale, in particolare, si riconosce che l'investimento maggiore è necessario data la sua particolarità, e la sua importanza per poter offrire un servizio alle persone.

Proseguendo la Corte ha stabilito che, se, ravvisando che nel mercato che il giudice deve individuare, la posizione delle imprese in esso è dominante, allora stando ai fatti della causa principale, si tratterebbe di abuso di posizione dominante.

Nello specifico, 'il legislatore del Land Renania-Palatinato, adottando l'art. 18, n. 3, del RettDG 1991, la cui applicazione comporta la consultazione previa delle organizzazioni sanitarie su qualsiasi domanda di autorizzazione a fornire servizi di trasporto non urgente di malati presentata da un operatore indipendente, ha favorito dette organizzazioni, già titolari di un diritto esclusivo sul mercato del trasporto d'urgenza, permettendo loro altresì di fornire esclusivamente tali servizi'[804].

Infine, circa la violazione delle norme invocate dal giudice nazionale, la Corte ha dovuto valutare se tali comportamenti potessero compromettere, ovvero distorcere, o ridurre, gli scambi tra Stati membri.

Anche quest'ultima valutazione è stata infine demandata al giudice da essere risolta, però, di nuovo, alcuni passaggi del ragionamento della Corte sono di particolare interesse.

Nello specifico la Corte, demandando sì il giudice, lo indirizzava con elementi interpretativi importanti, e lo metteva in guardia che 'un accordo o una pratica possa pregiudicare il commercio fra Stati membri è necessario che, in base ad un complesso di elementi di fatto e di diritto, appaia sufficientemente probabile che essi sono atti ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra Stati membri, in modo tale da far temere che possano ostacolare la realizzazione di un mercato unico fra Stati membri'[805].

Quanto appena detto risulta rilevante in quanto crea un collegamento con la giurisprudenza analizzata in precedenza circa l'applicazione delle regole sulla libera circolazione.

Si trovano gli stessi elementi che la Corte riteneva rilevanti quando si trattava di risolvere se una misura nazionale potesse violare le regole sulla libera circolazione, in particolare quando si analizza l'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale.

[803] *Ambulanz Glöckner*, par. 33.
[804] *Ibid.*, par. 43.
[805] *Ambulanz Glöckner*, par. 48.

Tuttavia, prima di trarre alcuna conclusione, si veda come la Corte ha deciso il caso, in particolare, riscontrando un possibile abuso di posizione dominante, essa ha preso in considerazione le giustificazioni di cui all'art. 86, II comma TCE che potevano legittimare le misure controverse.

Per poter verificare la sussistenza di una causa di giustificazione o meno, la Corte riteneva di dover sciogliere la questione se il compito di gestione costituisse un SIEG o meno.

Sulla base delle osservazione presentate dai convenuti, e dagli intervenuti a sostegno di questi, si faceva presente come l'assistenza, ed il trasporto, emergenziale con ambulanza sia, e ciò si è detto, un settore diverso da quello non emergenziale, anche per un fattore economico, nel senso che prevede un investimento che, per soddisfare la richiesta dei cittadini, non può pareggiare le spese con le entrate che potrebbe generare.

Dunque, collegandosi anche a quanto si diceva in apertura, se l'ente, che in questo caso non è pubblico, ma agisce in luogo di questo, si trova in concorrenza con altri enti privati potrebbe essere posto in difficoltà economiche, in quanto quest'ultimo si potrebbe dedicare a quella parte di mercato più profittabile che è l'erogazione del trasporto non emergenziale.

Le organizzazione in questione, in conclusione, sono incaricate dallo Stato di gestire un servizio che rientra nella definizione di SIEG, in quanto questo 'consiste nell'obbligo di garantire in permanenza il trasporto d'urgenza di persone malate o ferite in tutto il territorio interessato, a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, senza riguardo per le situazioni particolari o per il grado di redditività economica di ciascuna operazione individuale'[806], e che quindi, una eventuale riduzione della concorrenza con operatori privati indipendenti risulta giustificabile.

Tuttavia, la Corte specifica che la giustificazione si può ravvisare solo se le organizzazioni predette, alle quali viene esteso il diritto esclusivo di gestione del servizio anche al settore del trasporto non emergenziale, non traggono da quest'ultimo un reddito sufficiente a compensare le spese ulteriori per l'altro tipo di trasporto che costituisce un SIEG[807].

Nell'eventualità opposta allora la giustificazione non si ravviserebbe, e l'eventuale abuso di posizione dominante sarebbe da condannare.

Considerato il caso, si possono ora trarre delle conclusioni.

Come notato da Cygan, 'the principal effect of the *Ambulanz Glöckner* judgment is that it gives Member States much-needed flexibility in relation to how they organize the delivery of services which have been contracted out to private operators'[808].

[806] *Ibid.*, par. 55

[807] In tal caso la concorrenza sarebbe di nocumento alla stabilità ed efficienza economica delle imprese incaricate di gestire il SIEG

[808] A. CYGAN, *op. ult. cit.*, p. 555

Prendendo, di fatti, in considerazione quanto detto in conclusione, si nota come, per la salvaguardia dell'erogazione, e della rispettiva ricezione da parte dei cittadini destinatari, del SIEG, se le condizioni economiche lo permettono, data la loro condizione positiva, gli Stati possono, e devono, rispettare le regole sulla concorrenza, e liberalizzando, o deregolando, alcuni servizi essenziali, permettono che più operatori entrino in concorrenza.

Così le regole di mercato si applicheranno e gli operatori cercheranno di erogare il servizio migliore alle tariffe più basse.

Parimenti, se le condizioni economiche non sono positive, allora si applica la deroga alle regole, europee, sulla concorrenza, e lo Stato, in certe condizioni, può prevedere ora compensazioni, ora altre misure che distorcono il mercato in favore dell'erogazione necessaria di un servizio d'interesse economico generale.

Sempre rimanendo con l'attenzione su quest'ultimo, di nuovo la Corte, come in *FENIN* non ha scisso le attività delle organizzazioni sanitarie convenute.

S'intende che, affinché si valuti se l'erogazione di un'attività ritenuta SIEG rispetti, e possa raggiungere i suoi fini, è impossibile scindere le attività 'ancillari', strumentali all'erogazione del SIEG principale, dall'attività principale.

Questo porterebbe, alle volte, come nel caso *FENIN* ad individuare due tipi di mercati, rischiando di perdere di vista le finalità e la tutela del SIEG.

Proprio questa attenzione verso il SIEG permette un'ulteriore precisazione.

Si ritorni al passaggio della decisione in cui la Corte, nel valutare i possibili effetti dell'abuso di posizione dominante, aveva ripreso un approccio interpretativo tipico dei casi circa le regole sulla libera circolazione.

È innegabile che in quei frangenti l'incisività della Corte difficilmente veniva arginata dalle cause di giustificazioni avanzate dagli Stati, mentre è più facile nei casi sulla concorrenza, come si è visto.

In quest'ultimi casi l'analisi della Corte incide fortemente su aspetti strutturali dello Stato, inoltre ha una valenza più ampia rispetto alle decisioni sulla libera circolazione.

Di fatti, anche se queste possono poi produrre effetti molto rilevanti, come far breccia verso una disciplina circa l'assistenza sanitaria transfrontaliera, solitamente hanno una portata più individuale, nel senso di andare a vantaggio di un privato, anche se poi la medesima situazione varrà per altri privati nelle stesse condizioni.

Nei casi dove controverse sono le regole sulla concorrenza, l'oggetto in esame è un comportamento in un determinato mercato, per cui, sì si giudica il comportamento di uno, però in rapporto agli effetti sul resto della collettività.

Dunque, poiché questi effetti sono di tale portata, anche la sensibilità dei giudici deve essere altrettanta, e si lascia una flessibilità maggiore agli Stati, per invocare cause di giustificazione rispetto ai casi circa la libera circolazione.

Però, dato che il II comma dell'art. 106 TFUE recita che 'le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale […] sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento', si può forse invocare la medesima giustificazione anche nei casi sulla libera circolazione?

In questo settore pregno di visioni mercantilistiche, atte alla c.d. deregolazione, si possono portare i medesimi contenuti giurisprudenziali delle regole sulla concorrenza, in particolare l'attenzione verso i SIEG, dato che, come detto dall' Avv. Gen. Maduro in *FENIN*, 'queste disposizioni di diritto comunitario mirano a raggiungere l'obiettivo comune della realizzazione del mercato interno'[809], per porre gli Stati 'al sicuro' dagli effetti delle regole europee?

[809] Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, par. 51

2.La crisi finanziaria del 2008 e le politiche di *austerity*

2.1. Gli elementi della crisi finanziaria

Della crisi finanziaria del 2008 si era accennato in precedenza, ma si ripetano alcuni aspetti da poter inserire in quest'analisi, in particolare nel contesto europeo.

Quella che viene, giustamente, chiamata Grande Recessione, prende avvio nel continente americano, negli Stati Uniti in particolare, e le sue origini sono radicate in specifici settori dell'economia statunitense, quali il settore immobiliare e quello finanziario.

Volendo analizzare più dettagliatamente gli elementi della crisi si dica che i due settori appena citati, nei quali si sono viste le origini della crisi, sono altresì strettamente legati fra di loro.

Il primo accenno di crisi si può datare nel 2006, quando i possessori di mutui *subprime*[810] risultarono insolventi in quanto i tassi a cui avevano contratto i suddetti mutui si erano alzati così tanto che non furono più in condizione di restituire il prestito ricevuto.

Molti di questi tassi dipendevano anche dal settore immobiliare in quanto i titolari di tali mutui intendevano compiere acquisti nel settore suddetto, ove esisteva una c.d. bolla speculativa, tipica anch'essa del mercato finanziario americano, grazie la quale il prezzo delle case era aumentato a prezzi non più accessibili per la maggior parte dei cittadini-lavoratori con redditi nella media, che potevano, invece, accedere ai soli mutui *subprime*.

Si creava dunque un rapporto diretto tra aumento dei prezzi delle case ed indebitamento dei cittadini-lavoratori americani, e nel contempo aumentava anche il prezzo delle attività.

Questo momento di crescita, e di rispettiva fiducia nel sistema industriale-economico e finanziario americano, non venne supportato e confermato dai fatti successivi, in particolare dal 2007 in poi, dove si registra un crollo vertiginoso dei prezzi delle case e del rispettivo valore economico, ponendo gli investitori in condizioni di deficienza rispetto all'investimento pregresso.

A ciò si aggiunga quanto avveniva nel settore finanziario con i grandi investitori, in particolare le grandi banche investitrici che, col fine di ridurre i rischi generatisi da questi movimenti di mercato, avevano cominciato a vendere i mutui a terzi.

Avevano, in sostanza, cartolarizzato i mutui *subprime* che avevano cominciato a circolare all'interno del sistema finanziario americano che ne risultò del tutto contagiato, tanto da non uscire più dalla fase terminale nella quale si era inserito.

[810] Questi tipi di mutuo sono quelli tipici del sistema finanziario americano pensati per coloro che non possono accedere mutui ai tassi normali di mercato.

Il decesso è databile, per l'appunto, tra il 2007 ed il 2008 in cui vengono registrati un numero di pignoramenti altissimi proprio a causa dell'insolvenza dei correntisti americani.

Al contempo i grandi investitori, o alcuni di essi, risultarono fortemente toccati da tale crisi.

Tra questi si registra la crisi della famosa banca d'investimenti Lehman Brothers la quale, il 15 settembre 2008 dichiara la bancarotta.

Ma non è un caso isolato, anche altre banche c.d. d'affari, perdono la loro potenza economica, di fatti la Goldman Sachs e Morgan Stanley da banche di tale tipo diventano, il 22 settembre, comuni banche, come si è soliti intenderle, anche se con patrimoni ancora cospicui alle spalle.

La partecipazione di questi colossi della finanza a questa crisi, anche in parte corresponsabili, determinò il promulgarsi di effetti di diversa natura.

Questa situazione determinò l'esplosione di una crisi di portata globale, che portò alla recessione le maggiori potenze economiche del mondo occidentale e non, con le grandi eccezioni delle economie, allora ancor di più, emergenti di Cina ed India.

Ciò si determinò in quanto l'inquinamento degli *asset* finanziari non rimase confinato negli inesistenti confini della finanza americana, ma perpetrò tra i vari sistemi finanziari dei diversi Paesi, tra cui, principalmente, quelli europei, generando così effetti di depressione economica comuni.

Il primo dei Paesi UE che risentì di questa crisi finanziaria fu il Regno Unito, con le sue banche leader degli investimenti immobiliari.

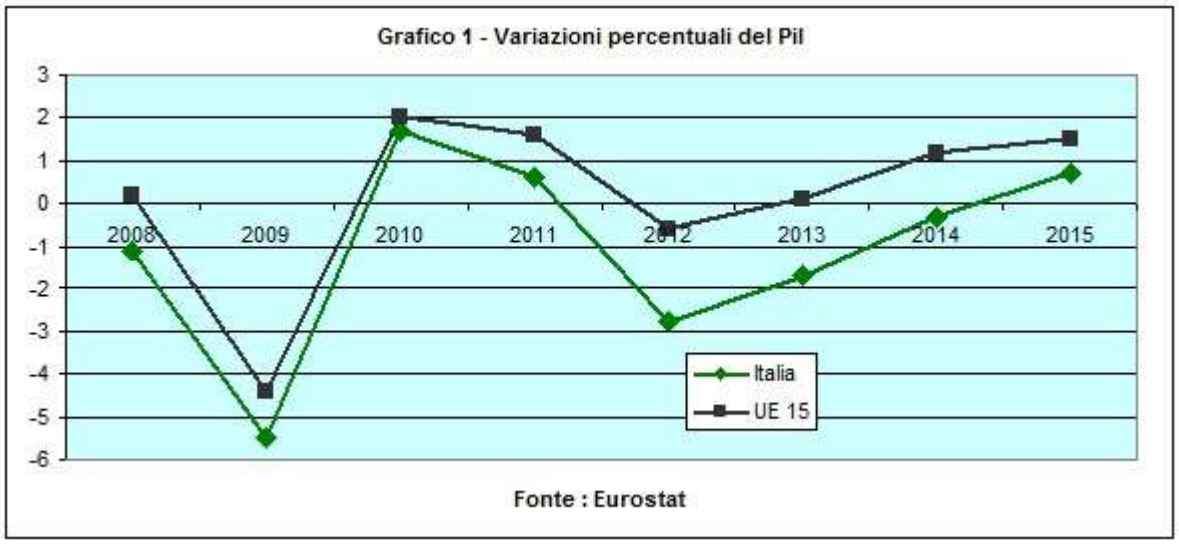
Parimenti la crisi si riversò anche su quella che è chiamata economia c.d. reale, nello specifico fu il prezzo del barile di petrolio greggio ad aumentare, così i Paesi da esso materialmente dipendenti si trovarono in difficoltà, ed al contempo molte delle materie prime videro il loro prezzo aumentare, determinando una situazione di difficoltà economica che non si registrava dal II dopoguerra.

Il passaggio degli effetti dal sistema finanziario a quello dell'economia reale fu il motivo principale della crisi di molti Stati europei, in particolare quelli del meridione europeo.

Non si può nascondere che sarebbe stato difficile tenere al riparo dalla crisi finanziaria il mondo dell'economia reale, ma ciò determinò quella che si può chiamare socializzazione della crisi, nel senso che, al pari passo dell'adozione di misure straordinarie delle banche centrali per salvare il relativo sistema bancario, si sono riversati sulle persone gli effetti dell'aumento dei prezzi dei beni e servizi facenti parte della c.d. economia reale.

Ma non fu solo questo, non ci si limiti solamente al rischio di aumento dei prezzi, per quanto molto intuitivo.

Gli Stati si trovarono in una situazione di difficoltà economica tale che fu inevitabile non contagiare anche i cittadini stessi.



Come si evince dal grafico, ecco la variazione di PIL dell'UE e dell'Italia durante il triennio dal 2007 al 2009, con il picco negativo raggiunto proprio in concomitanza della crisi del 2008.

Questo grafico dimostra da un lato come la crisi abbia dilagato velocemente verso altri Paesi, dall'altro come tutta l'UE sia entrata in crisi in quegli anni, per cui i vari Stati, a causa proprio di queste difficoltà economiche, hanno facilitato il processo di socializzazione della crisi, intesa come dispiegamento degli effetti finanziari di una crisi della medesima natura su versanti dell'economia legati, invece, al mondo reale, quale quello delle imprese, del credito, del lavoro e del sociale.

2.2. La crisi in Europa

2.2.1. Integrazione economica europea e modello sociale europeo

Per trattare degli effetti della crisi finanziaria ed economica del 2008 nel continente europeo, e più nello specifico, sui Paesi dell'UE, si rende indispensabile, ai fini di una più profonda e prolifica analisi, un allargamento del discorso, in particolare verso altri elementi della realtà economico, sociale e politica dell'UE.

Si deve fare un breve excursus storico come nel capitolo precedente, soffermando l'attenzione su alcuni elementi principali del percorso evolutivo dell'UE.

Si è detto che l'UE nasce sulla base di un accordo di pochi Stati, i famosi *Six*, che, anche se dotati di ambizioni più o meno grandi e rispettabili, hanno incentrato il processo di integrazione sul versante economico, riponendo la loro fiducia, per una maggiore integrazione futura, alle idee della teoria dello *spill-over*, secondo la quale sarebbe stato inevitabile che in futuro l'integrazione non si espandesse anche ad altri settori, rilevanti e fondamentali affinché l'integrazione economica non rimanesse fine a sé stessa.

Uno dei settori più importanti da integrare era sicuramente quello politico, sede delle decisioni circa il futuro degli Stati, dunque parte vitale della vita (politica) nazionale.

Al contempo, però, altri settori sono di particolare rilevanza per i singoli Stati, e tra questi rientra, come si è visto, anche il settore sanitario, in parte già inserito in un processo d'integrazione[811]economica, ma non solo.

Questo tema dell'integrazione costellerà l'intera vita dell'UE, chiedendo alle volte maggior riconoscimento verso il piano sociale, ed alle volte verso il mondo economico.

Se non fosse per questa divisione, spesso ritenuta dicotomica, non ci sarebbe necessità di scrivere e di analizzare quando il pendolo oscilli troppo verso un lato più che l'altro, fermo restando che le tutele sociali non possono mai essere soggette a sconti di nessun tipo.

Ad ogni modo, come si è visto quando si è camminato nel corso dell'evoluzione europea, la prima forma di CEE era poco incline all'integrazione dei settori delle protezioni sociali, fatte salve quelle fasce legate al mondo del lavoro, la cui armonizzazione politica e legislativa non poteva essere rimandata in quanto necessaria alla creazione di un mercato, del lavoro, comune, dove i cittadini[812] europei potessero circolare liberamente.

Si è giunti, solo negli anni Ottanta, ad una prima grande riforma del Trattato di Roma grazie all'Atto Unico Europeo, dove l'obiettivo era quello di realizzare, definitivamente, il mercato interno, non lasciando indietro, però, le tutele sociali per gl'individui.

Di pochi anni successivo fu il Trattato di Maastricht che invece punta in una direzione apparentemente differente, in quanto sembrerebbe più orientato alle logiche di mercato, investendo sugli aspetti di sicurezza e stabilità economica dei vari Stati, e cercando di realizzare, ponendone le basi, l'unione monetaria degli stessi[813].

Introno a quegli anni prese forma, e sostanza, un concetto pensato indiscutibilmente in precedenza, questo è il Modello Sociale Europeo (MSE).

'L'espressione modello sociale europeo suona un po' astratta, ma è ricca di significati concreti. Essa designa un'invenzione politica senza precedenti, forse la più importante del XX secolo. Essa significa che la società intera si assume la responsabilità di produrre sicurezza economica e sociale per ciascun

[811] Riprendendo la divisione operata in precedenza si veda come, da un lato per quel che concerne la tutela della sanità pubblica, e dall'altro l'assistenza sanitaria, entrambi i settori non sono stati immuni dalle politiche europee. Ora, mentre il primo è stato, per buona misura, posto nell'alveo delle competenze dirette dell'UE, l'altro rimane ancora nelle mani dei singoli Stati membri, così come sancito dall'art. 168 VII comma TFUE.

[812] Il termine cittadini è usato impropriamente in quanto la cittadinanza europea venne istituita solo nel 1992 con il Trattato di Maastricht, ma rende l'idea il fatto di far parte di un'unica comunità.

[813] Vedendo le trattative che hanno anticipato la conclusione del Trattato di Maastricht si nota come l'influenza inglese, ed in particolare delle idee Thatcheriane, sia forte sulla fisionomia delle regole economiche predisposte. Di fatti il Regno Unito risultò insofferente ai contenuti dell'AUE in quanto orientato eccessivamente verso le politiche sociali, e questo temeva che l'influenza dell'UE sulle stesse, che come si diceva erano e sono competenze statali, potevano compromettere il percorso della crescita economica.

singolo individuo, quale che sia la sua posizione sociale ed i mezzi che possiede. Produrre sicurezza economica richiede la costruzione di sistemi di protezione sociale avendo in vista una serie di eventi che possono sconvolgere in qualsiasi momento la vita di ciascuno. Sono la malattia, l'incidente, la disoccupazione, la povertà, la vecchiaia'[814].

Sulla base del contenuto di queste parole decisamente prive di qualità giuridiche, ma al contempo ricche di enfasi e fascino, si può soffermare l'attenzione sui caratteri principali di questa idea "rivoluzionaria" che fu, ed è, il MSE.

'Dunque vi sono quattro elementi alla base del MSE: (1) l'alto livello di protezione sociale affiancato dallo sviluppo di servizi d'interesse generale; (2) il dialogo sociale, in grado di garantire il coordinamento delle decisioni attraverso accordi collettivi negoziati dalle parti sociali: (3) l'enfasi sulla coesione sociale: (4) e un insieme di valori comuni che ispirano tali pratiche'[815].

Questi elementi permettono di tracciare le caratteristiche principali della strategia sottostante a tale concetto, quella di un'integrazione economica non scissa dalle tutele sociali, e dallo sviluppo sociale della popolazione.

Riprendendo le parole di Gallino, si vede come l'impegno sia quello di determinare tale sviluppo sociale tramite un rispettivo, e parallelo, sviluppo economico dei Paesi, ad esempio favorendo delle politiche nel mondo del lavoro orientate all'entrata in quest'ultimo da parte di molti "inattivi".

La ragione per cui il MSE non è scisso dalla rispettiva integrazione economica risiede anch'essa nella storia dell'UE, ed in particolare ci si deve soffermare sugli anni Ottanta e Novanta appena menzionati.

Come ricordava Sandulli, 'nel corso della seconda metà del Novecento è venuta emergendo la difficoltà di poter sostenere il costo finanziario dei diritti sociali'[816], bensì il perseguimento di un elevato sistema sociale, fondante il c.d. *welfare state*, è durato fino agli anni Ottanta con particolare tenacia, nonostante la realizzazione delle difficoltà economiche di un sostegno illimitato di quest'ultimo.

Quindi, negli anni immediatamente successivi a questo periodo, dove vennero adottati, si ripeta, sia l'AUE che il Trattato di Maastricht, si introdusse all'interno del progetto del MSE un concetto non del tutto nuovo a certi Paesi membri, il concetto dell'investimento sociale.

Questo concetto è particolarmente conosciuto nei Paesi nordici che, per sostenere la propria spesa pubblica a favore del welfare nazionale, hanno sempre basato quest'ultima sul principio di investimento sociale.

---

[814] L. GALLINO, *Il modello sociale europeo e l'unità della UE*, p. 15, in *Quaderni di sociologia*, n. 59/2012, Torino, Rosenberg e Sellier, 2012.

[815] D. NATALI, *Il modello sociale europeo è morto? Politiche sociali e relazioni industriali tra austerità e integrazione europea*, p. 230, in *Rassegna italiana di sociologia*, Fascicolo 2, aprile-giugno 2013, Bologna, Il mulino, 2013.

[816] A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 68.

Si tratta, in sostanza, di spendere risorse pubbliche in determinati settori del sistema sociale con il fine di capitalizzare la spesa, non tanto nel senso di riottenere altre risorse finanziarie, bensì ottimizzare i risultati dalla spesa appena compiuta.

Per fare un esempio più preciso, la spesa nel settore sanitario non deve essere indirizzata solamente a fornire assistenza, erogando la prestazione sanitaria, in favore dei cittadini che la richiedono, bensì deve essere indirizzata nel senso, ulteriore, di salvaguardare la salute dell'individuo a tal punto che non dovrà necessitare di cure che gravino sulla spesa pubblica successiva.

L'investimento consiste nel rendere fruttifera la spesa, anche con effetti non direttamente economici.

Tralasciando per un momento l'ambito sanitario, si può notare la maggiore efficacia di questo concetto, e come si presti in maniera calzante all'idea di un'integrazione economica che guidi anche il MSE.

Gli investimenti sociali nel settore lavorativo sono l'esempio più lampante di corroborazione tra il fornire la tutela sociale e non rendere questa un eccessiva spesa per lo Stato.

Di fatti, se nel mondo del lavoro si favoriscono politiche dedite all'inclusione dei c.d. "inattivi", rendendo così buona parte della popolazione percepente un reddito, allora questa si porrebbe nelle condizioni di non gravare eccessivamente sul modello sociale statale, sarebbe inclusa in un sistema previdenziale che, ora con il gettito fiscale generale, ora con la quote contributive dei lavoratori, si finanzierebbe secondo una logica pareggio di bilancio.

Dunque il concetto di investimento sociale ha fatto il suo ingresso anche nell'ordinamento europeo col fine di sostenere la spesa economica, insostenibile, dei Paesi per il loro modello di welfare.

Il suo processo di inclusione culmina all'inizio del nuovo Millennio, in particolare con il Summit del Consiglio Europeo di Lisbona avvenuto nel marzo del 2000, in cui si trasse la conclusione che 'l'Unione si è ora prefissata un nuovo obiettivo strategico per il nuovo decennio: diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale'[817].

La sostenibilità della crescita, orientata, o basata, su maggiore coesione sociale, sarebbe stata realizzata tramite la strategia dell'investimento sociale, garantendo, o almeno cercando, di rendere la spesa redditizia, nel senso di far fruttare le scelte politiche che ogni Stato, nel proprio settore di competenza, poteva compiere con la discrezione ammessa.

Il motivo per cui il mondo del lavoro, come si è visto citando la CEE, è ancora al centro del progetto si spiega ancora meglio se si chiarisce che 'the central contention of the social investment perspective is

[817] *Consiglio Europeo Lisbona 23 e 24 marzo 2000 Conclusioni della Presidenza*, n. 5.

that the sustainability of European welfare states, including their competiveness and inclusiveness, hinges on the number and productivity of future tax payers'[818].

Ciò, stando a quanto detto, non sorprende, ma permette ancora un'ultima delucidazione da inserire nella premessa per analizzare la crisi finanziaria, ed economica, in Europa.

Per quanto la crescista economica sostenibile, e basata sull'investimento sociale, sia legittima, ed oculata, come scelta di politica sociale ed economica, non è priva di rischi.

Come nota Gallino, 'ci si deve ovviamente chiedere se sia corretto parlare di «modello sociale europeo» come se si trattasse di una condizione unitaria di tutti o quasi i 27 paesi Ue, ove si consideri che vi sono tra di essi notevoli differenze. In effetti sin dagli anni '90 del secolo scorso si parlava di almeno tre modelli differenti: il tipo socialdemocratico o nordico o scandinavo; il tipo liberale o anglosassone; il tipo socialconservatore o continentale. Più tardi i modelli individuati diventarono almeno quattro, con l'aggiunta ai precedenti del tipo mediterraneo'[819].

Dunque, come si era detto, la scelta di basarsi sul funzionale approccio dell'investimento sociale non è garanzia di riuscita dei risultato in tutti i Paesi dell'Unione, in quanto alcuni, come quelli meridionali, sono basati su un modello di spesa che non è molto incline all'investimento, nel senso che non si orienta al necessario raggiungimento di alcune finalità connesse alla spesa.

Va da sé che, se si aggiunge che i Paesi meridionali sono anche quelli con minore stabilità economica, l'incertezza sulla riuscita di tali politiche aumenta.

Tutto questo andava anticipato per poter veder come saranno capaci i vari Stati di attutire, e reagire, all'impatto della crisi del 2008 che, come si è visto nel grafico precedente, ha investito tutta l'UE.

La strategia europea di crescita economica, basandosi sull'investimento sociale è rilevante sia perché da un lato introduce un approccio diverso rispetto al concetto di *welfare state*, sia perché, dall'altro, declina il perfetto equilibrio che si cercava tra MSE ed integrazione economica.

L'AUE, come si era detto, rafforzava il volto sociale dell'UE, il Trattato di Maastricht successivo invece il volto economico, il Summit di Lisbona riporta conclusioni del tutto coerenti a questi due importanti valori, che si sposano perfettamente nell'idea di investimento sociale.

Infine va detto che questa presa di posizione istituzionale verso tale orientamento non è molto lontana, detto a posteriori, dallo scoppio, e dilagare, della crisi in questione, dunque offre modo anche di vedere, oltre all'analisi della risposta degli Stati, anche il modo in cui, negli anni successivi al 2008, l'equilibrio tra MSE e integrazione economica, sintetizzando perfettamente dal concetto di investimento sociale, sia stato difeso, se lo è stato.

[818] J.K. HELDERMAN, *The crisis as a catalyst for reframing haealth care policies in the European Union*, p. 49, in *Health economics, policy and law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
[819] L. GALLINO, *op. ult. cit.*, p. 17.

2.2.2. La crisi dei debiti sovrani e l'*austerity*

Successivamente a questa premessa, che permette di ricollegare il discorso in procinto di fare con quanto detto in precedenza sull'evoluzione dell'ordinamento europeo, si dica degli effetti della crisi finanziaria del 2008 nel continente europeo.

Si era già accennato che la crisi non sarebbe potuta rimanere confinata oltreoceano, ma che invece, dati i collegamenti economici e finanziari sempre più interdipendenti tra Paesi, sarebbe giunta senza tanta difficoltà anche in altri Stati.

Riprendendo anche il grafico sull'andamento del Pil si vede come l'effetto sia stato immediato sull'economia europea, e dell'Italia al contempo.

Giunti a questo punto occorre colorare il discorso con quanto si diceva in precedenza, sull'evoluzione dell'ordinamento, cercando così di compiere un'analisi più attenta che leghi gli effetti della crisi con la struttura europea costruita sulla quale la stessa si è abbattuta.

S'intende che occorre passare in rassegna l'assetto politico-economico dell'UE precedente alla crisi per cercare di valutare, il perché di alcuni effetti generatesi dalla crisi, se questi dipendessero da tale assetto o se fosse inevitabile la loro genesi, data la natura della crisi stessa, ed infine che strada si palesa alla luce degli avvenimenti su come essa crisi sia stata gestita.

Occorre riprendere le mosse, in particolare, dal Trattato di Maastricht, firmato nella piccola cittadina del meridione olandese, in cui si decise di perseguire la strada di un'integrazione economica coerente al significato di questi termini.

Di fatti l'Unione era rafforzata nella connessione delle economie nazionali, anche grazie all'introduzione di un'unione monetaria, lasciando nell'agenda dei lavori il perseguimento di un'Europa più sociale, dove l'Unione fosse anche dei diritti.

Quanto si sta sostenendo si può comprendere se si pensa che solo nel 2000 venne emanata, anche in vista di una possibile Costituzione europea, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, vero manifesto, anche se non privo di criticità, di un'Europa sociale.

Senza entrare nel merito del naufragio di questa unione politica e sociale dell'UE, si torni a Maastricht ed alle regole economiche inserite per far fronte, già allora, ad una crisi che attraversava alcuni Paesi, tra cui l'Italia[820].

[820] In merito alla storia di quegli anni in Italia si devono tracciare alcuni fili per collegare eventi che, altresì, non sono così distanti fra loro. La crisi italiana non era solo economica bensì anche politica, in particolare a seguito dell'inchiesta giudiziaria di Mani Pulite si verificò il crollo della c.d. Prima Repubblica e l'inizio di una nuova corrente di partiti politici che segnarono l'entrata in gioco di una nuova classe dirigente, la quale si dimostrerà fonte di un nuovo paradigma politico che si può ritenere responsabile, in parte, della inconsistenza e fatuità politica a cui si assiste al momento. Dal punto di vista economico invece, la moneta dell'epoca, la Lira, era una moneta molto debole, e lo Stato, anche a seguito della scissione degli anni 80 tra Banca d'Italia e Ministero del Tesoro, non era in grado di compiere manovre di politica monetaria adatte a sostenere l'economia ed il crescente debito, altresì per poco non idoneo all'entrata nella nuova moneta unica.

La parole d'ordine in quel periodo era stabilità, economica e monetaria, dato che erano questi i maggiori pericoli attanagliati nelle economie nazionali, e, per quanto il fine fosse lodevole, le modalità scelte meritano un'attenzione particolare.

In quegli anni si compirono diverse manovre a livello europeo che segnarono la fisionomia di un assetto economico-istituzionale che sarà quello che dovrà poi affrontare la crisi del 2008.

Dall'UEM cominciata con Maastricht, fino al Trattato di Amsterdam, e la parallela adozione del Patto di Stabilità e Crescita, si sono susseguite scelte macroeconomiche e di politica economica che perseguivano la stabilità dell'economia tramite il controllo e la riduzione della spesa pubblica.

Da qui, il concetto, che come si diceva in precedenza in quegli anni aveva preso forma e fiducia, dell'investimento sociale, ritenuto il compromesso migliore tra l'integrazione economica, fine ultimo dei Trattati degli anni 90, e il MSE, obiettivo intrinseco, va detto, dell'UE.

Spendendo un'ultima parola in merito al cambio di assetto di quegli anni, si assiste ad una verticalizzazione del centro di scelta delle politiche europee, con la Commissione da un lato, e la Banca Centrale Europea dall'altro, questa, in particolare, messa al centro del progetto fondato su una politica economica stringente e di controllo.

Sulla base di questi chiarimenti necessari, si può vedere più nello specifico che risvolti abbia avuto la crisi del 2008 nel continente europeo, e nell'UE, oltre che vedere che risposta sia giunta per affrontare, e superare, quest'ultima.

Riprendendo quanto si diceva in precedenza, alcuni Paesi già nel 1992 affrontavano delle crisi interne, atte, comunque, a destabilizzare l'intera economia europea, e dai primi anni Duemila, anche quella che si chiamerà Eurozona[821], destabilizzazione resa "illecita" a seguito dell'adozione del PSC.

Questi, ferma restando la loro difficoltà, vennero chiamati, così come lo furono anche gli altri Stati del mondo e dell'UE, a strutturare una risposta alla crisi che li aveva invasi, crisi che era il diretto risultato della gestione sconsiderata, ed eccessivamente liberale, di molti manager di banche americane, in particolare, manager degli istituti finanziari[822] che avevano permesso la circolazione degli *asset* tossici che hanno avvelenato anche gli istituti bancari europei, che dovevano, quindi, essere salvati.

La strategia dai Paesi membri adottata, nel breve periodo, fu, da un lato, quella di salvare gli istituti, non tanto per evitare che la singola banca andasse in *default*, nonostante ciò avrebbe generato conseguenze importanti, ma per salvare il sistema stesso[823], che sulle banche, fragili pilastri, poggia la sua esistenza.

[821] S'intende il blocco di Stati membri che hanno adottato l'Euro come moneta unica.

[822] Una ricerca interessante è quella di vedere con che buone uscite milionarie siano stati dimessi i manager autori, e perpetratori, dei meccanismi illogici, anti economici, se non criminali, messi in piedi dai rispettivi istituti da questi gestiti. Un approfondimento in E. LONGOBARDI D. NATALI (a cura di), *L'essere umano e l'economia*, Roma, L'asino d'oro edizioni, 2019.

[823] Per sistema si intende il modello economico capitalistico basato sulle logiche di mercato neoliberiste che hanno preso piede dagli anni Ottanta in poi, e che sono divenute parte anche della stessa Unione Europea. in particolare queste logiche di sistema si basano sulla errata visone antropologica dell'essere umano come in competizione sempre con gli altri, per cui le regole sulla

Dunque, quasi in maniera ironica, sono gli Stati ora chiamati ad intervenire per salvare il sistema.

Sistema dal quale devono tendenzialmente rimanere estranei, di fatti, le loro azioni sono sempre poste al vaglio della Corte, se costituiscono un'indebita limitazione della concorrenza, leale, e della libera circolazione, per cui la creazione e la vita del mercato unico è posta a rischio, e che devono, altresì, controllare la spesa per non accrescere il debito.

La modalità attraverso cui compirono tali manovre, atte, appunto, a salvare il sistema, furono, ancor più ironicamente, dei veri e propri aiuti di Stato[824].

A ciò va aggiunto, come si era anticipato, che alcuni Stati versavano già in una condizione economia non florida, bensì *borderline* rispetto alle soglie stringenti dei vincoli di bilancio e di debito pubblico.

Questa situazione, esasperata dalla crisi del 2008, venne comunemente identificata come la crisi dei debiti sovrani, nel senso che gli Stati membri dell'Unione, in particolare Italia, Spagna, Portogallo, Irlanda e Grecia[825], erano in una condizione tale da non sembrare di essere capaci di assicurare il sostenimento di una spesa pubblica in favore della riduzione del deficit del proprio debito, in rapporto con il Pil.

La crisi del 2008 scagliandosi così prepotentemente sugli Stati dell'Unione aveva messo in seria difficoltà le regole di pareggio di bilancio e stabilità economica e monetaria, nonostante si era ritenuto necessario che gli stessi Stati intervenissero per arginare le perdite maggiori del loro sistema.

Ma, considerando già la situazione pregressa, e le difficoltà di alcuni Paesi, che peso reale potrebbe avere la spesa pubblica, anche se orientata al concetto dell'investimento sociale, a sostegno del *welfare state*, e del MSE?

Per rispondere a tale quesito, e vedere che gestione sia stata disposta nei confronti della crisi, non solo del 2008, ma dell'UE, aggravata da quest'ultima, si deve nuovamente tornare a quanto detto nelle pagine inerenti all'evoluzione europea, in particolare nel periodo in cui vennero messe in campo nuove regole circa la *governance* economica europea.

Il PSC che venne introdotto nel 1997 venne modificato nel 2011 e venne altresì istituito in quegli anni il Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria (FESF), che poi venne modificato ed evoluto nell'attuale Meccanismo di Stabilità Europeo (MES).

---

concorrenza sarebbero la perfetta esplicazione di un mercato basato sulla stessa e sulla libertà di tutti. Sarebbe possibile, dunque, creare un mercato per ogni settore, anche la salute. Questo è il motivo per il quale si sostiene, al II capitolo, che una nuova definizione di salute sia importante, se essa presume una diversa accezione della natura umana, non solo orientata alla soddisfazione dei bisogni, ma anche delle esigenze non monetizzabili ovvero economizzabili, come l'amore, i rapporti umani, lo studio e l'arte, e sono solo esempi.

[824] La Commissione stabilì che gli aiuti di Stati concessi consistevano in 102 miliardi di Euro per l'Italia, 655 per la Germania, 362 per la Francia e 767 per il Regno Unito.

[825] Si tratta degli Stati dell'Eurozona che maggiormente hanno sofferto la crisi e che hanno poi acceduto ai programmi per il salvataggio della propria economia. Da notare che, tornando alle esperienze diverse che caratterizzano il concetto di MSE, questi Paesi sono tutti Paesi del meridione europeo, la Grecia anche dell'Oriente, anch'esso caratterizzato da minore forza e stabilità economica rispetto al blocco continentale europeo.

Negli stessi anni si è detto dell'adozione di due importanti pacchetti legislativi, i c.d. *Two Pack* e *Six Pack* che resero i vincoli di pareggio di bilancio, e più in generale del PSC, ancora più stringenti per i Paesi membri dell'UE, giungendo, infine, all'adozione del Fiscal Compact, nel 2012, anno nero di questa crisi per l'UE, in cui si chiedeva ai vari Paesi dell'Unione di costituzionalizzare il pareggio di bilancio.

Rimanendo sui ranghi più alti delle fonti di diritto, l'Italia con la Legge Costituzionale del 20 aprile 2012, n. 1, modificò alcuni degli articoli della Carta, in particolare l'art. 81, che subì una modifica integrale del suo testo, inoltre l'art. 117[826] e 119[827], oltre che 97[828].

Per quanto concerne l'ordinamento europeo, invece, con la Decisione del Consiglio Europeo del 25 marzo 2011 venne modificato l'art. 136 del TFUE, prevedendo l'istituzione, valevole per l'Eurozona, di 'un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità'[829].

Indiscutibilmente, come detto in precedenza, l'obiettivo primario è ancora la stabilità economica dell'UE, e più nello specifico, dell'Eurozona.

Ma ciò che venne, di nuovo senz'ombra di dubbio, rafforzato, da queste scelte riguardanti la *governance* economica europea, fu il concetto di austerità economica.

'Furono gli Stati a sostenere il mondo finanziario e un sistema economico bloccato. Ma le basi culturali rimanevano quelle di sempre: fiducia nella capacità dei mercati di autoregolarsi e rigore di bilancio, l'austerità'[830].

Le regole appena esposte, che costituiscono lo specchio delle politiche *austerity* dell'UE, vanno menzionate in quanto, come detto dall'autrice nel testo poc'anzi riportato, fanno parte della medesima visione culturale.

S'intende quella visione che pone le sue radici, se si prende in considerazione il solo ordinamento europeo, nel Trattato di Maastricht, ed in quelli successivi fintanto non siano andati in una direzione diversa.

Quella visione di politica economica che ha fatto breccia negli Stati occidentali con le politiche di Ronald Reagan e Margaret Thatcher dagli anni Ottanta in poi.

Quella visione neoliberista dell'economia, del mercato e dell'essere umano, per cui, in merito al secondo, questo viene ritenuto capace di autoregolarsi se lo Stato non interviene in maniera incisiva sui

---

[826] In merito a questo, allo Stato viene attribuita la competenza di armonizzazione dei bilanci pubblici

[827] L'art. 119, che riconosce l'autonomia di spesa, un bilancio autonomo, ed una capacità di indebitamento per gli enti locali e le Regioni, e viene, anche a questi, imposto l'obbligo di pareggio del bilancio.

[828] Quest'ultimo rilevante perché chiede il pareggio di bilancio ed il controllo della spesa alla Pubblica Amministrazione.

[829] Decisione del Consiglio Europeo del 25 marzo 2011, art. 1.

[830] V. MARTELLA, *La crisi finanziaria del 2008: dal fallimento della Lehman Brothers al populismo*, p. 32, in E. LONGOBARDI D. NATALI (a cura di), *op. ult. cit.*

suoi equilibri, che dovrebbero, a condizioni assolute e perfette, essere capaci di portare la migliore qualità, al prezzo minore per tutti.

E va detto che la visione del mercato propria del neoliberismo non può essere scissa dalla visione antropologica che quest'ultimo assume e ritiene essere valida.

Si diceva dei due leader anglofoni come maggiori esponenti di questa visione economica, in particolare Reagan sosteneva che lo Stato fosse il problema e non la soluzione[831], mentre la Thatcher dichiarava che non esiste una vera e propria società, ma solamente una moltitudine di individui.

Ebbene, stando alle idee neoliberiste sull'essere umano, questo è il concetto dominante, gli esseri umani, anche se organizzatisi in differenti Stati, sulla base di contratti sociali tra questi, avevano degli obiettivi ben precisi per compiere tale decisione che li facesse uscire dal c.d. Stato di Natura.

'Il contrattualismo […] condivide l'idea che questo processo sarebbe stato mosso da un calcolo di convenienza, basato sulla ragione, che portava i singoli individui ad abbandonare la libertà naturale, ottenendo in cambio la difesa della vita, la protezione della proprietà, oppure anche la forza della dimensione collettiva'[832].

Approfondendo le parole dell'autore si può cercare di definire la visione antropologica del neoliberismo, fintanto che le idee ad essa attribuibili sono di particolare rilevanza in quanto generatrici di una crisi economica che è stata cercata di arginare partendo dagli stessi assiomi.

Il neoliberismo nutre una fiducia smisurata nel mercato, vede gli esseri umani come naturali attori di questo meccanismo che assumerebbe le vesti stesse della società, ove ognuno di noi sarebbe posto in una competizione con gli altri.

Dunque, ritornando a quanto detto, si giustifica la tesi finora ripotata dell'UE come incarnante le idee mercantilistiche dell'economia, in particolare vedendo nel mercato unico una chiave per l'integrazione, e nelle regole per il raggiungimento di questo fine preposte, come i limiti delle azioni dei migliori attori del sistema che invece dovrebbe portare ricchezze e possibilità agli individui, gli Stati.

'Il progetto neoliberista, proprio nel voler costruire una società interamente subordinata ai meccanismi del mercato, è portatore di un messaggio di socializzazione, di vita e realizzazione umana che è necessario definire con precisione'[833].

Riprendo le parole precedenti si può notare come la socialità attraverso le logiche di mercato sembri una conseguenza naturale del contrattualismo con il quale si diede vita alle prime forme di Stati.

---

[831] Senza soffermarsi sul fatto che fosse a capo di uno degli Stati più forti ed influenti del mondo, va detto che però, come sottolineato in precedenza, sono stati questi a dover salvare il sistema affondato da visioni che li ritenevano l'ostacolo ad un mercato florido e generoso.

[832] A. VENTURA, *Una crisi di civiltà*, p. 53, in E. LONGOBARDI D. NATALI (a cura di), *op. ult. cit.*

[833] *Ibid.*, p. 52.

Gli esseri umani, di fatti, stando alle parole di Adam Smith[834]sembrerebbero essere stati sempre inclini, da quando sono usciti dal periodo di vita isolato, non comunitario, al commercio, al baratto, a quelle pratiche attraverso le quali potevano generare ed accumulare ricchezza.

Avendo le idee di questo autore classico influenzato, in quanto fondato, le teorie classiche dell'economia moderna, non appare sorprendente comprendere da dove sia giunta l'ispirazione per le idee neoliberiste dell'essere umano e del mercato.

Non indagando oltre questi ambiti affascinanti di studio, si riprenda, per concludere, il filo con quanto detto finora.

L'UE ha virato negli anni 90, come molti altri Paesi, e quindi si può ritenere che questa si sia solo incaricata di essere leader di questo cambiamento, verso un modello economico neoliberista, e l'ha fatto basandosi su alcune peculiarità che la rendevano già idonea a tale inclinazione.

Come detto da Sandulli, per tutto il corso degli anni successivi alla sua costituzione, però, essa era basata su un modello diverso, che vedeva nell'integrazione economica un modo per finalità diverse, affini, di sicuro, al suo modello sociale.

Queste sue scelte però non si sono dimostrate prive di ripercussioni, anzi.

Nonostante, come si era visto nella conclusioni successive al Summit d Lisbona del 2000, essa volesse guidare la lista delle economie mondiali, anche se sostenibili, si è rivelata parte di un tracollo che mette anche in discussione la veridicità di una crescita che forse era la calma prima della tempesta, nel senso che era parte di un andamento errato del mercato che avrebbe determinato la crisi.

Di fatti, le teorie neoliberiste sulle quali si costruiva questa crescita di cui l'UE voleva essere la capofila sono state la ragione (anche se gli USA avevano seguito queste regole in una maniera troppo sregolata, o liberale) della crisi che ha generato ripercussioni su quasi tutte le economie mondiali.

La risposta europea con l'adozione delle misure di *austerity*, come detto in precedenza, non modifica, o rimpiazza gli assiomi di base, teorici e culturali, che hanno dato origine alla stessa.

'Il risultato fu un forte ridimensionamento della spesa pubblica con tagli all'istruzione, alla sanità, ai servizi delle amministrazioni locali, alle opere pubbliche e alla cultura'[835].

[834] Di particolare rilevanza è il testo di Smith *La ricchezza delle Nazioni* (1776) con il quale si diede inizio alla economia moderna, e nello specifico, utile al discorso qui affrontato, è il passaggio in cui scrive che "in tutti i periodi della società ogni uomo prudente […] deve aver cercato di amministrare i suoi interessi in maniera tale da avere sempre presso di sé, oltre al prodotto naturale della sua industria, una certa quantità di altra merce". Un ulteriore approfondimento nel testo di E. LONGOBARDI, *Visione antropologica degli economisti e antropologia economica*, in E. LONGOBARDI D. NATALI (a cura di), *op. ult. cit.*

[835] V. MARTELLA, *op. ult. cit.*, p. 33.

2.3. I tagli alla sanità

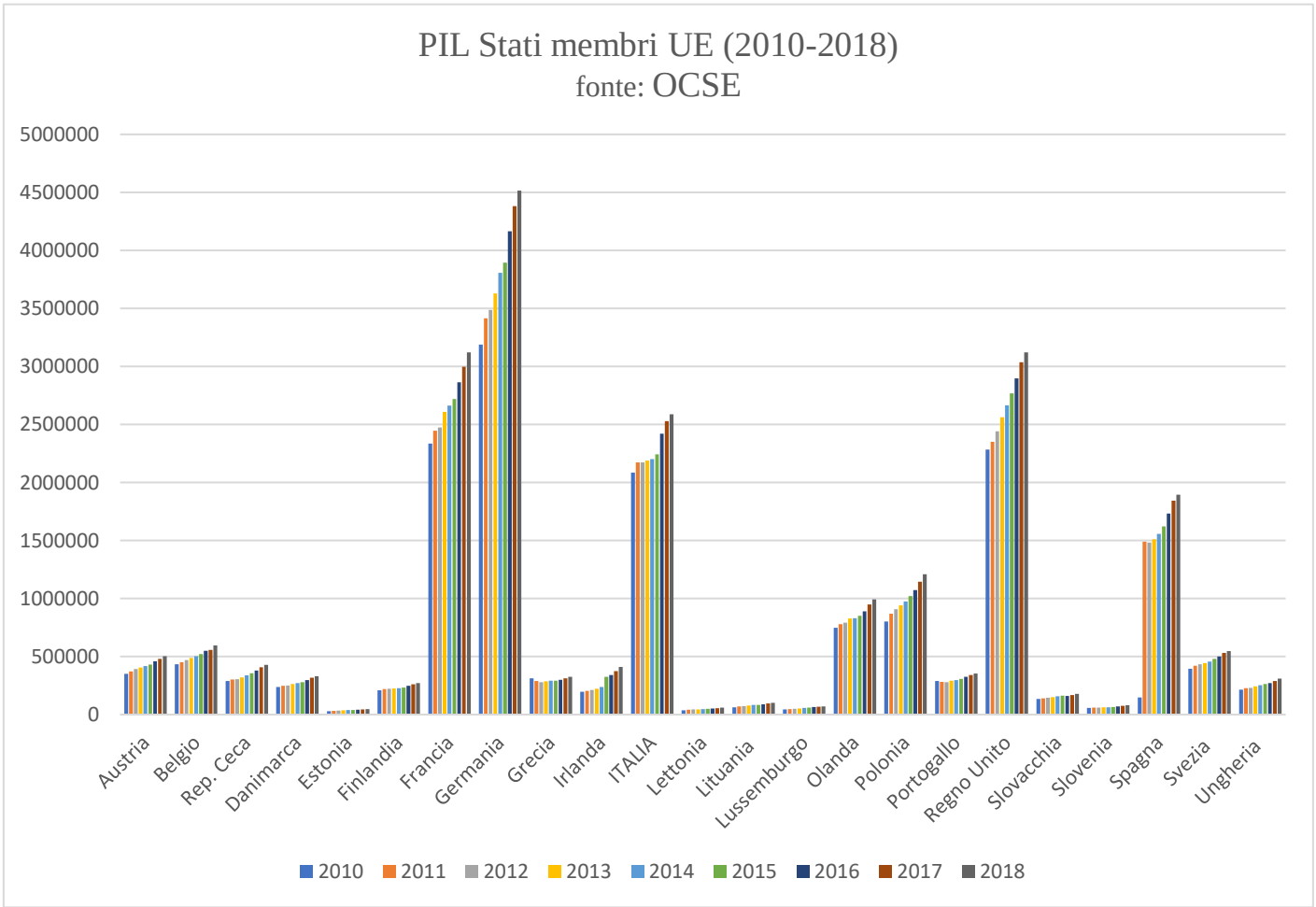
Quasi senza soluzione di continuità si dica degli effetti delle politiche di *austerity* sui vari Paesi membri, ed in particolare, sulla loro possibilità di spesa nei settori costituenti il MSE, quello sanitario nello specifico.

La spesa che gli Stati devono affrontare in relazione al settore sanitario rientra nella più generale spesa per il loro *welfare*, inteso come l'insieme di tutti gli aspetti che riguardano la possibile soddisfazione dei diritti sociali delle persone e del loro benessere.

Tra questi rientrano, ad esempio, la scuola, la cultura, la previdenza, e, per l'appunto la sanità, settori che sono stati fortemente investiti dalla crisi che ha ridimensionato la capacità di spesa del singolo Stato, così come riportato nel testo appena precedente.

Si vedano alcuni grafici che riportano dati importanti per comprendere che tipo di andamento abbia avuto la crisi sulle economie degli Stati, e questi come abbiano orientato la loro spesa, inerentemente al settore sanitario, soffermandosi anche sui dati circa alcuni ambiti intrinsechi del settore stesso, osservando che tipo di informazioni contengono.

Nonostante tali dati non esauriscano una ricerca approfondita sul tema, essi possono comunque aiutare a farsi un'idea più precisa e, per prima cosa, pare opportuno contestualizzare il discorso, e lo si faccia vedendo le crescita, ovvero la decrescita, delle economie nazionali.



Come si può vedere dalla tabella, negli anni dal 2010 fino al 2018[836], il Pil degli Stati ha seguito una *trend* di crescita che, anche se non con gli stessi ritmi per tutti, denota un percorso simile per tutta l'UE[837].

Questi sono proprio gli anni immediatamente successivi al tracollo del 2008, la cui comunanza di effetti negativi è visibile nel grafico nelle pagine introduttive del paragrafo.

Stando alle statistiche appena riportate, sembrerebbe corretto ritenere, a prima vista, che gli effetti delle politiche di *austerity* siano stati positivi, in quanto hanno determinato una generale ripresa delle economie degli Stati membri, per cui, anche se in maniera differenziata, la rigorosità che imponevano sembrerebbe essere stata una scommessa vincente.

Tale visione appare però superficiale, in particolare se rimane semplicemente basata sull'osservazione che la crescita coincida con l'adozione, ed il rafforzamento di misure economiche particolarmente stringenti ed austere.

La crescita di un Paese, così come più in generale la sua solidità, e vita economica, non dipendono solo da alcune misure di controllo della spesa, bensì hanno anche forti legami con la gestione politica dello stesso, oltre che la capacità resiliente e produttiva del tessuto sociale.

Questo va detto in quanto serve ad analizzare il caso greco il quale, come riportato nelle note a piè di pagina, è l'unico Paese dell'UE che in quegli anni registrò un calo del Pil mentre gli altri, anche se a ritmi lenti, come l'Italia, avevano registrato un rialzo della loro produttività economica.

Questo caso permette di contrapporre alla superficiale constatazione precedente una considerazione utile al proseguo di questo studio.

Gli anni 2014 e 2015 in cui si è registrato un'interruzione della crescita che, anche se fragile, anche la Grecia registrava, al pari degli altri Paesi.

Negli anni precedenti al 2014 si ricorda l'intervento della Troika, il gruppo di creditori[838] costituito *ad hoc* con i quali gli Stati, che richiedono il salvataggio del proprio sistema, "negoziano"[839] le condizioni affinché esso salvataggio venga disposto, grazie all'intervento proprio di quest'ultimi.

Tra il 2011 ed 2012 la i creditori, per garantire la sopravvivenza del Paese ellenico, richiesero al governo greco in carica, controparte della "negoziazione", di adottare delle misure particolarmente austere,

[836] Dovendo riportare anche altri grafici, poiché i dati comuni a tutti i Paesi riportati terminavano al 2018 si è scelto di far coincidere anche l'analisi del PIL di ciascuno Stato all'anno 2018, così che fosse più facile seguire un parallelismo con i grafici in procinto di esser visti.

[837] Solo la Grecia tra il 2014 ed il 2015 ha registrato una recessione economica, anni appena successivi a quelli in cui si è registrato l'intervento del MES per il suo salvataggio e dell'adozione di misure molto pesante ed invasive, circa il welfare dello Stato, di *austerity* economica.

[838] Fanno, in particolare, parte della c.d. Troika, il Fondo Monetario Internazionale (FMI), la BCE e la Commissione Europea, come rappresentante dell'UE.

[839] Personalmente ritengo di virgolettare il termine riferente all'attività di negoziazione in quanto appare assurdamente possibile negoziare la sopravvivenza di uno Stato che corrisponde alla vita di milioni di persone che hanno pagato la crisi non innescata da loro, ma solo subita a causa di un sistema che è lo stesso che ha poi chiesto a questi sacrifici per poter realizzare le condizioni pattuite nelle suddette "negoziazioni".

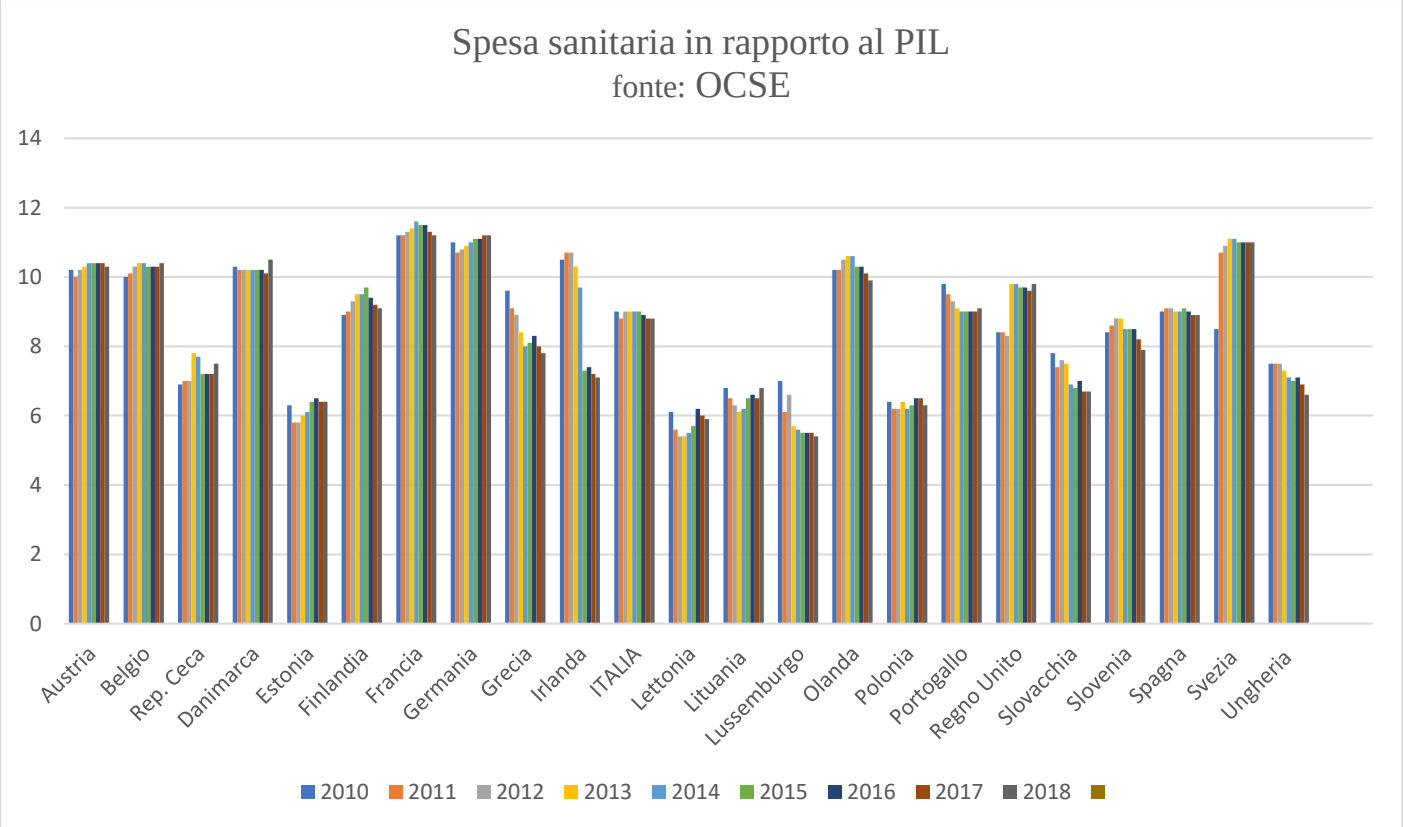
economicamente, per realizzare la possibile ripartenza economica di un Paese, capace, così, di ripagare i propri debiti, senza dover essere più insolvente.

Senza riportare tutte le misure richieste, ma ricordando quanto detto in precedenza, molti tagli della spesa pubblica vennero disposte, per esempio gli stipendi dei dipendenti pubblici furono decurtati, se non alcuni perfino licenziati, la sanità venne resa più cara, alcuni settori strategici vennero privatizzati, gli aeroporti ed il porto del Pireo ne sono un esempio.

Il tutto, ad ogni modo, non fu capace di evitare il crollo degli anni successivi, in cui alla crisi economica perversante si registrava una crisi politica del Paese.

Questo, oltre a dimostrare come si debba essere cauti nel collegare l'attuazione di politiche economiche di *austerity* alla coincidente crescita dei Pil dei vari Paesi membri dell'UE, dimostra come possa essere altresì fragile una crescita economica che si basa sulla singola scelta politico-economica di limitare la spesa pubblica.

Sospendendo per un momento questa valutazione si prenda visione di altri dati dello stesso periodo che permettono di argomentare con maggiore consapevolezza un possibile giudizio circa l'argomento in questione.



qui si riporta l'andamento della spesa sanitaria di ciascun Paese nello stesso arco temporale assunto in precedenza.

Come si diceva, questi dati devono essere analizzati con intelligenza e obiettività, in quanto permettono, e lo fanno nel caso in questione, di comprendere meglio alcuni lineamenti di alcune politiche economiche, in particolare quelle degli anni del periodo in questione, inoltre, date le differenze dei vari sistemi sanitari, non sempre una spesa coincidente ad una certa percentuale di Pil corrisponde alla medesime di altri Stati.

Tuttavia si può vedere come l'andamento della spesa pubblica nel settore sanitario non sia coincisa con la crescita economica dei Paesi sopracitati.

Salvo alcuni casi, la spesa della maggior parte dei Paesi rimane invece stabile, a dispetto di una crescita economica del Paese.

Dunque questo sembrerebbe essere un perfetto esempio delle politiche di *austerity* in quanto si attua il comportamento economico di riduzione di spesa pubblica, per cui, con la parallela crescita economica, lo Stato dovrebbe essere rafforzato.

Come si diceva in precedenza, le politiche di *austerity* sono basate sulla medesima concezione di base delle correnti economiche neoliberiste che, avendo una certa concezione dell'essere umano, hanno una indiscriminata fiducia nel mercato e nella sua capacità di generare crescita economica e benessere.

Dunque, le misure e le manovre messe in atto negli anni successivi alla crisi, sostanzialmente quelli in questione, hanno lo stesso obiettivo, degli anni precedenti alla crisi, costruire, mantenere e rafforzare il mercato interno.

La crisi di alcuni Paesi va controllata e rimossa in quanto, data l'integrazione economica degli Stati membri, questa può costituire un attrito per tutti gli altri Stati.

Compiere, e richiedere delle misure orientate, e basate, su queste regole, e principi economici potrebbe dimostrarsi fallace, o pericoloso, così come lo potrebbe essere, e lo è, aprire al mercato dei settori economici di particolare sensibilità e rilevanza per lo Stato.

Occorre mettersi in guardia circa quest'ultimo punto, in quanto si diceva che la liberalizzazione di alcuni settori, nonostante permetta una minore spesa da parte degli Stati, coinvolgerebbe una serie di conseguenze, possibili, ed eventualmente negative, che minerebbero i principi posti alla base dei settori stessi, come si accennava nei capitoli precedenti.

Portando l'esempio del settore sanitario si dice, dalle prime pagine, ed è visibile nell'ordinamento europeo, ed ancor di più in quello italiano, come esso sia basato sui principi di eguaglianza e solidarietà, non solo norme giuridiche, ma vere e proprie caratteristiche della realtà umana.

Di nuovo, riprendendo le parole riportate poc'anzi, sembrerebbe che la sottrazione di alcuni settori basati sui suddetti principi dalla gestione statale a quella fatua e aleatoria del mercato sia una contrapposizione di visioni antropologiche, da una parte l'uomo sociale e dall'altra il c.d. *homo oeconomicus*.

Ciò nondimeno si vedeva come, ed il caso greco supporterebbe tale visione, la crescita economica legata alle politiche di austerità come aleatoria è l'idea che il mercato può realmente gestire l'erogazione di alcuni servizi fondamentali, e che sia una bilancia, se funzionante secondo le sue regole, sociale.

Non si può sostenere l'idea che, come si trattasse di una semplice famiglia di poche persone[840], lo Stato riducendo la spesa pubblica, non aumenti il debito, ovvero generi ricchezza.

La ricchezza che si genererebbe, si diceva, sarebbe aleatoria, ovvero fragile, in quanto non corrisponde ad un conseguente aumento dello stato di benessere degli individui[841].

L'aleatorietà, va detto, deriva dall'idea antropologica sulla quale si basa la visione per cui il mercato, e la mercatizzazione delle dinamiche ed interazioni tra gli esseri umani, sia la strada giusta per la gestione economica della società.

L'idea per cui l'essere umano sarebbe tendente al profitto e basato su dinamiche logiche razionali che guidano il suo comportamento ed il suo rapporto con i simili.

L'essere umano è invece per natura sociale, e, nonostante la necessità di svolgere attività razionali che ne permettano la sopravvivenza, quali il lavorare, il ripararsi dalla natura, il curarsi dalle ferite, il mangiare e bere, esso altresì, ricerca l'altro essere umano per realizzare una parte della sua realtà, quella irrazionale, che non potrà mai essere monetizzata, vale a dire l'amore, lo studio, l'arte, la cultura.

Ferme restando, quindi, tali considerazioni di base, si riprenda il discorso, più tecnico, del perché l'*austerity* non permette una reale crescita.

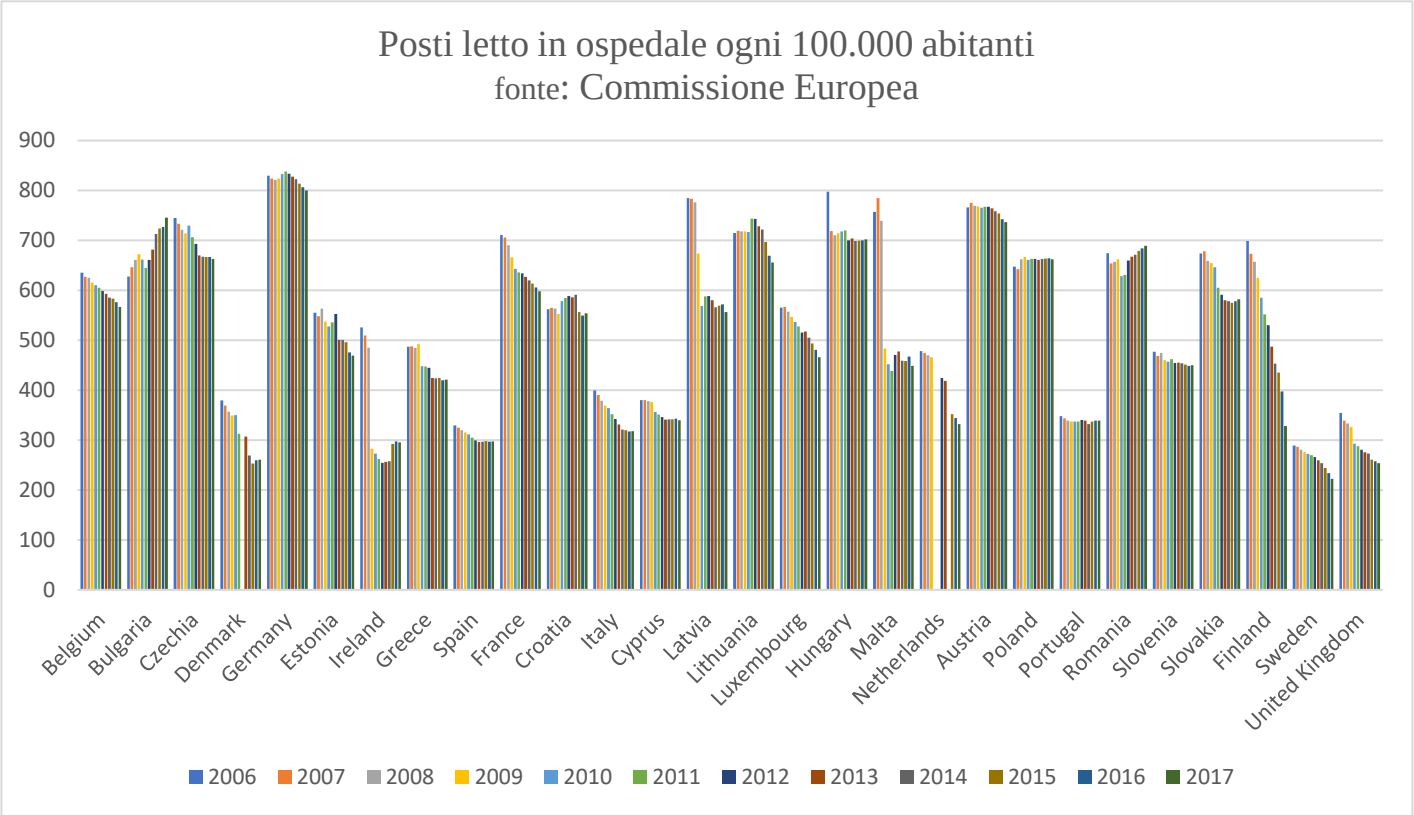
Nel grafico in questione si veda la diminuzione dei posti letto in ospedale che ogni anno è stata operata nei vari Paesi dell'UE, ricordando che nel frattempo la speranza di vita dei cittadini è aumentata, e quindi andrebbero pensate delle politiche sanitarie che permettano una degenza di più individui, in particolare quelli che raggiunta un'età avanzata avranno più bisogno di un intervento medico, per periodi anche maggiori, e si ricordi quanto detto in merito al sistema tedesco.

Per cui, quest'ultima categoria potrebbe ben aver bisogno di dover essere accolta nei letti d'ospedale, e magari contemporaneamente, ma se ciò accadesse sarebbe difficile accogliere tutti questi anziani, aumentati di numero perché, si ribadisce, la speranza di vita è aumentata.

[840] Devo questo esempio al Professor Ventura, in particolare per come calza nel dimostrare che la riduzione di spesa non corrisponde ad un aumento delle ricchezze, nel senso che se una famiglia con determinate entrate limita le spese troverà a fine mese maggiori soldi da parte, per lo Stato lo stesso discorso non è realizzabile.

[841] È facile trovare dei report in cui si valuta e riporta lo stato di soddisfazione dei cittadini. Inoltre si registra un aumento delle ricchezze di pochi, ed un impoverimento di molti; si registra l'aumento delle disuguaglianze sociali, la messa in discussione di alcuni diritti di base, il ristagno delle lotte sindacali, e delle rispettive conquiste in favore dei lavoratori sempre più posti in condizioni precarie, sia nello svolgere le mansioni che dal punto di vista economico. Infine, ed elemento più importante, il sistema economico fino ad ora supportato ha creato, e rischia di creare, danni all'ambiente, quasi irreparabili. In tutte la cause di diritto (intern)azionale in cui si giudica una violazione di un, *de facto*, inesistente diritto ad un ambiente salubre, si valuta come violato il diritto alla salute dell'individuo.

In tal caso il loro diritto alla salute, e stando alle parole dell'art. 35 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, all'assistenza sanitaria.



La diminuzione dei letti in ospedale di cui si diceva può essere ritenuta comune per tutti i Paesi, salvo la Bulgaria, così come altrettanto si è visto essere l'aumento del Pil di ciascun Paese.

In tal caso non si registra una coincidenza tra l'aumento del Pil degli Stati e l'aumento della loro spesa pubblica, bensì si può vedere un rapporto inversamente proporzionale, nel senso che ad un corrispettivo aumento del Pil coincidevano ora una riduzione, ovvero un mantenimento del medesimo livello di spesa sanitaria, ora un taglio ad alcune prestazioni sanitarie, come l'ospitalità presso i presidi ospedalieri.

Anche questo esempio s'inserisce perfettamente nello scopo del concetto che si esprimeva in precedenza circa il rapporto tra le politiche di *austerity* e la capacità di spesa degli Stati.

In particolare risulta realizzata dalla maggior parte degli Stati questa politica economica di limitazione e controllo della spesa, per quanto riguarda, nello specifico, gli ambiti costituenti il MSE.

Vedendo, infatti, i dati fino ad ora riportati si può trarre una conclusione importante.

Indiscutibilmente il Pil degli Stati europei, e dell'UE al contempo, è aumentato, mentre la spesa sanitaria è oscillata sempre introno agli stessi valori, ed anche se ha registrato una piccola crescita, ora costante, ora solo in alcuni anni, non corrisponde, ad ogni modo, alla rispettiva crescita del Pil.

Dunque si può concludere che all'aumentare del Pil, il mantenimento dello stesso livello di spesa sanitaria corrisponde ad una riduzione di finanziamento del sistema sanitario, qualunque sia l'organizzazione per questo predisposta dallo Stato in questione.

Inoltre, se ad una spesa costante corrisponde una diminuzione di alcune prestazioni, come il numero di posti letto, ma lo stesso vale anche per altre prestazioni, si può assumere che, se il restante della spesa non sia andato a vantaggio di altri aspetti dell'organizzazione sanitaria, allora le prestazioni sanitarie sono divenute più costose, e che, quindi, una spesa costante non permette più la fornitura della stessa quantità di beni e servizi che potevano essere acquistati e finanziati in precedenza.

Si concluda dicendo che in molti Paesi la spesa sanitaria privata è aumentata, in Italia ciò è particolarmente vero e rilevante in quanto il sistema, ibridato nel tempo, prevede comunque la garanzia di principi che lo Stato meglio dei privati può tutelare.

Aumentando tale spesa aumenta la competizione, come si è detto in precedenza, e si vede come l'applicazione di tale logiche di mercato non abbia realmente portato agli effetti che dovrebbero generarsi da quest'ultimo, vale a dire maggior qualità per gli utenti a prezzi ridotti, proprio per la competizione tra i vari operatori.

Ciò è vero fintanto che a parità di spesa sanitaria le prestazioni debbano essere ridotte.

Dunque le politiche di *austerity*, anche se apparentemente sembrerebbero generare ricchezza, non sono idonee al mantenimento della stessa.

Di fatti in questi anni pochi si sono arricchiti sulle spalle di molti e la distribuzione della ricchezza si è concentrata nelle mani di quei grandi ricchi del mercato, ed ad uscirne indeboliti, da tali operazioni, sono il tessuto ed il modello sociale degli Stati, che vengono limitati nella loro capacità di spesa e di investimento (sociale), che invece sono gli unici volani e promotori di una ripartenza economica.

Si può quindi affermare che ad un indebolimento del modello sociale, ed ad una riduzione della spesa ad esso destinata, corrisponde la crisi economica, in quanto, ed i fatti di questi anni ne sono la prova, la riduzione della spesa, pubblica, può solo generare maggiore povertà, in quanto l'economia non riceve la spinta propulsiva dello Stato. L'*austerity* limita i danni in un breve periodo, ma non permette di superare la crisi, anzi per chi già versa in tale condizione è un aggravante, né permette di arricchirsi, in quanto la ricchezza che pare generarsi, e che si vede dall'aumento del Pil, corrisponde ad un aumento dei prezzi delle spese che gli Stati devono, ad ogni modo, compiere, perciò, tagliando la spesa pubblica, si genera solo un impoverimento del tessuto sociale, senza reali vantaggi per nessuno, tranne i più ricchi.

3. La crisi sanitaria da COVID-19 e la crisi economica del 2020

L'oggetto della successiva analisi è un momento che è, ed è stato, duro per la storia contemporanea.

Si tratta della pandemia che ha afflitto, ed affligge, il globo da mesi, minacciando e limitando la libertà di ciascuno, la vita e la salute di tutti.

Come se ciò non bastasse questa crisi sanitaria da nuovo coronavirus SARS-CoV-2 aggrava, con le misure richieste agli Stati per combatterlo e debellarlo, una situazione economica non del tutto florida, anche se positiva.

Questo elemento permette di compiere un collegamento con quanto si diceva in precedenza, in particolare va sottolineato il fatto, non voluto, che si parlerà nuovamente di una crisi, questa volta di dimensioni diverse, e di natura completamente differente.

Nel 2008, e gli anni precedenti preparatori alla crisi, si assistette ad un tracollo apparentemente inaspettato ma prevedibile, anzi alcune voci importanti di economisti di impostazione non Smithiana non ricevettero l'attenzione che meritavano[842].

Quella di oggi è una crisi differente, innanzitutto essa ha origini diverse, nel senso che non ha radici nelle irregolarità e nei malfunzionamenti di un mercato, in tal caso finanziario, ma essa origina da un'altra crisi, quella sanitaria che riguarda l'intero mondo.

Per poter superare la diffusione incontrollata del virus sono state necessarie azioni virtuose degli Stati, e dei cittadini, che richiedevano, principalmente, una limitazione delle libertà fondamentali della vita di ciascuno, dalla libertà di studiare, a quella di lavorare, di impiegare il proprio tempo nella maniera che si ritiene più congeniale, a quella di circolare liberamente senza veder minacciata la propria incolumità, né tantomeno quella altrui.

Proprio quest'ultimo punto è il motivo principale delle misure adottate dagli Stati, limitare la circolazione delle persone per evitare che si possa diffondere il virus a causa della sua alta contagiosità.

Dunque l'intervento restrittivo della libertà di ciascuno è giustificato dalla ragione di salvaguardare la salute pubblica, compresa quella del singolo, in quanto egli può, o potrebbe, essere agente e ricettore del virus.

Queste limitazioni ampiamente giustificate costituivano precisamente misure per tutelare la salute della popolazione, in un certo senso della popolazione intera in quanto si è visto come il virus circoli velocemente aldilà di ogni frontiera, per cui la salute di uno risulta essere strettamente legata a quella

[842] Per maggiori approfondimenti si veda V. MARTELLA, *op. ult. cit.*, p. 23 e ss.

degli altri, e ciò richiede delle politiche con un respiro molto ampio, impossibile da limitare ai singoli Paesi.

Per cui, venendo richiesto alla stragrande maggioranza delle persone di rimanere in casa, così da non contrarre il virus, né rischiare di contagiare, si è determinato un rallentamento dell'economia mondiale, generando una crisi, e per altri versi, aggravandola, che coinvolge l'intero pianeta.

Compiuta tale differenziazione rilevante, dato che l'analisi di questa crisi succede alla trattazione di un'altra precedente cronologicamente, va detto che si tratterà la prima con molta cautela, innanzitutto proprio perché non si sta trattando un tema passato, par la cui analisi ci si può basare sulla obiettività dell'occhio che ha maturato una certa distanza temporale dagli avvenimenti.

Secondo motivo è metodologico in quanto, non essendo terminata questa crisi, riportando dei dati e delle affermazioni, non si può senza ragionevoli dubbi sostenere delle tesi e trarre conclusioni, ma conviene compiere piccoli passi quando si cammina su un terreno come questo, impervio data la sua novità ed il suo carattere diverso, per l'appunto, da quanto si è visto nel recente passato[843].

Infine, e ciò concerne una valutazione non propriamente giuridica, il periodo di restrizione delle libertà individuali e collettive ha richiesto sacrifici importanti alle persone, che sono stati compiuti con grande dignità, coraggio, responsabilità e fantasia.

Al termine di questo periodo, ma anche durante lo stesso, nella società si avvertiva e si condivideva il sentimento che fosse giunto al capolinea un sistema che fosse malato, ed al quale si può ascrivere anche la crisi del 2008, in quanto causa della stessa.

Le persone di tutto il mondo hanno denunciato problemi comuni, ed evidenziato valori, altrettanto comuni, che non vanno mai sottovalutati, come ad esempio il problema della violenza di genere, anche in ambiente domestico, della fragilità di sistemi sociali ridotti all'osso, il clima e la tutela dell'ambiente, che ha potuto di nuovo rispirare aria pulita quando i motori delle economie ancora troppo industrializzate si sono spenti per un periodo, la bellezza delle città, la mancanza di tempo per vivere le proprie passioni, la propria città, i rapporti che valgono, la scuola, la cultura, l'arte di tutte le forme.

Vedendo ciascuno ristretta la propria libertà, si è avuto il tempo e la solitudine che mancava per poter star soli e pensare, e le persone, da sole, hanno condiviso pensieri simili tra loro, chiedendo di reinserire ai vertici delle agende politiche e dell'attenzione generale, problemi e valori che erano finiti sotto una coltre di polvere fuligginosa generata dai fumi delle industrie e del velenoso pensiero per cui la società si può assimilare ad un mercato.

[843] L'impatto sociale che ha avuto questa crisi è paragonato ai peggiori avvenimenti tragici della storia, la crisi del 1929 in America, la II Guerra Mondiale, e, anche se alcuni di quel periodo sono ancora vivi, nessuno della classi dirigenti attuali ha vissuto quei momenti, per cui il carattere di novità per chi si è trovato a dover risolvere questa crisi è indubbio.

Anche gli avvenimenti[844]che succedono mentre si scrive ed il mondo riparte dalla sua quarantena, sono frutto, a parere di chi scrive, dello stesso movimento, nuovo, che ha attraversato più veloce del virus le case delle persone in solitudine, come fosse il vaccino, non tanto di un malattia che viene passo dopo passo compresa dagli studiosi, uniti, di tutto il mondo, ma di un sistema, malato, che si avverte precedente per dar spazio ad una nuova economia, società, e cultura.

Tutto ciò è in corso, e parlarne richiede sensibilità ed attenzione, e dunque, si procederà con cautela, ad ogni modo, si continuerà a vedere nella prospettiva europea quale sia la dimensione della crisi sanitaria, il motivo per cui si richiede che si agisca uniti e solidali, per la tutela, come si diceva, di tutti, per superare tutti la crisi che ha messo a dura prova ciascuno di noi.

Infine, si vedrà che risposta l'UE ha messo, ovvero metterà in campo, per rispondere alla crisi, ed anche se le misure non sono ancora adottate e realizzate, si conceda un pensiero per analizzare quanto disponibile, almeno in confronto a quanto detto in merito al passato.

3.1. La dimensione europea della crisi

La crisi sanitaria che è in corso, e che riguarda l'intero pianeta, ha, proprio per quanto appena detto, una dimensione altresì europea.

Per riuscire a comprendere meglio il tema si ripercorrano brevemente i mesi appena passati, per vedere come una crisi che appariva lontana dalla realtà di ciascuno è poi divenuta una sfida con cui tutti i Paesi, e le persone, sono state costrette a confrontarsi.

Il primo paziente ufficialmente ricoverato per una strana forma di polmonite nella regione di Wuhan, in Cina, risalirebbe all'8 dicembre 2019[845].

Nelle settimane successive si registrarono casi di polmonite da nuovo coronavirus in molti Paesi dell'Asia, ma anche negli Stati Uniti, dove il primo caso risponde ad un uomo di ritorno da un viaggio proprio dalla infestata area di Wuhan, ed è il 21 gennaio 2020.

Di lì a poco molti Stati del mondo, anche in Europa, riportarono dei casi legati al COVID-19, tanto che, solo, il 30 gennaio 2020 l'OMS, dopo aver rimandato di qualche settimana l'annuncio, dichiara lo stato di pandemia e di emergenza mondiale di salute pubblica.

L'Italia il giorno seguente registra il primo di molti casi successivi, e sarà da quel momento in poi un aumento che porterà alla scoperta di veri e propri focolai nel Belpaese, ai quali saranno collegati casi di COVID-19 anche per cittadini di altri Stati.

[844] Dalla protesta per il clima alle manifestazioni di dissenso verso il razzismo e la brutalità delle azioni di alcuni agenti delle forze di polizia.

[845] I dati a riguardo provengono dal sito internet *Think Global Health*, una piattaforma costituita da varie mani editoriali. È basata su un programma lanciato dal *Council on Foreign Relations* in collaborazione con l'*Institute for Health Metrics and Evaluation* nella università di Washington.

Ciò non mira a ricercare responsabilità di nessuno a riguardo in capo all'Italia, bensì permette di notare come il problema di uno Stato, in particolare se legato alla salute degli individui, sia il problema anche degli altri, e ciò è diverso dal meccanismo di propagazione della che si verifica per l'integrazione economica, nel senso che, mentre nel 2008 la crisi di un sistema finanziario ed economico ha avuto ripercussione anche sugli altri Stati, in tal caso si tratta di una malattia proveniente dal regno naturale, biologico, di fronte al quale cade ogni differenziazione e confine.

E si richiede un'azione comune dunque, ed infatti, l'UE disponeva, su proposta della Commissione, la chiusura delle proprie frontiere esterne[846], in particolare per i viaggi non essenziali, escludendo, tuttavia, da tali misure, operatori sanitari, altri lavoratori insostituibili ed i cittadini europei da rimpatriare, e tale disposizione si è protratta fino ad oggi, e presumibilmente fino al 1 luglio.

Questa misura, che delinea, come riportato dalla Commissione, un'esigenza comune dei leader europei di prevedere una strategia risolutiva comune, si aggiunge, ad ogni modo, alle misure restrittive, in materia di circolazione nazionale ed internazionale, che molti Stati hanno previsto per limitare la diffusione del virus.

Tornando alla cronologia della pandemia, da fine gennaio ad oggi si è assistito alla crescita vertiginosa, in alcuni Stati più che in altri, del numero di infetti da COVID-19, fino ad una decrescita confortante degli stessi.

Stando ai numeri che hanno costellato i notiziari quotidiani di tutti i Paesi, si osserva che nella zona europea, intesa come territorio, non solo l'UE, si sono registrati in totale 2.307.132 casi confermati di COVID-19[847].

Questi numeri, corrispondenti quasi al numero della popolazione di alcuni Stati membri, dimostrano come il problema abbia assunto in poco tempo una dimensione europea, alla quale si è richiesta una risposta di corrispondente natura.

Anche sul versante economico si nota come la crisi economica aggravatasi non sia, come si poteva cercare di sostenere in precedenza, una crisi limitata ai singoli Stati, sui quali gravava l'onere maggiore di attuare politiche di ripresa.

Prendendo in considerazione le stime sull'impatto della crisi sui Pil nazionali si vede come il tracollo sia comune, e le difficoltà da affrontare siano le stesse per tutti.

Nell'aprile 2020 il Fondo Monetario Internazionale ha stimato del -3.0% la riduzione del Pil globale, con dei picchi in alcune aree del mondo più che in altre.

---

[846] Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio. '*COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*', COM(2020), 115 finale.

[847] I dati sono riportati dal sito del Ministero della Salute, provenienti dall'OMS (WHO European Region) e sono aggiornati alla giornata del 9 giugno 2020, ore 10:00.

L'UE, peggio che nel resto delle altre aree del mondo, è presunta di vedere ridotto il suo Pil del -7.5%, ed anche in questa situazione alcuni Paesi, con un'economia non particolarmente florida, vedono perdite maggiori rispetto ad altri Paesi[848].

Nonostante queste siano, ovviamente, delle previsioni, è indubbio che la crisi economica successiva a questa emergenza sanitaria coinvolga ed investa molti Paesi del mondo e, va detto, tutta l'UE e l'Eurozona.

A ciò, infine, si può aggiungere, per comprendere ancora meglio come la dimensione ora della crisi, ora della risposta, sia, e debba essere, europea, che la società europea, ed il MSE, siano fortemente minacciati da questa crisi.

Di fatti, nei mesi in cui si è dovuto stare a casa per la salvaguardia propria e altrui, rispettivamente alle libertà che sono state ristrette, alcune certezze a queste legate sono state fatte vacillare.

Molti studenti hanno dovuto intraprendere il percorso di didattica a distanza per poter proseguire gli studi, ed alcuni, con minori disponibilità di altri, sono stati purtroppo minacciati di rimanere indietro.

Nel mondo del lavoro, soprattutto, si percepiscono alcuni timori in merito alla sua stabilità e capacità di resilienza, e sempre stando a delle previsioni non ufficiali, utili comunque a farsi un'idea di come la crisi sconfini le singole realtà nazionali, si prevede che almeno per quest'anno il livello di disoccupazione, sempre seguendo *trend* diversi nei vari Paesi, affliggerà l'UE, che, si stima, possa registrare un aumento dal 7.2% ad, addirittura, il 9%.

Appare indubbia, quindi, la portata ampia della crisi e la necessità di azioni forti e comuni, anche a livello globale, così da rispondere ad un evento storico unico nel panorama dei tempi moderi ed attuali.

3.2. La risposta dell'UE alla crisi sanitaria ed economica

3.2.1. Supportando la Sanità Pubblica

I sistemi sanitari dei vari Paesi sono stati messi a dura prova durante l'emergenza sanitaria da COVID-19, in quanto l'ignoranza, progressivamente ridottasi, su questa nuova forma di coronavirus ha sempre posto le autorità sanitarie dei vari Paesi un passo indietro rispetto al virus ed alla sua diffusione.

Di fatti, proprio la rapida diffusione del virus ha determinato, in unione all'ignoranza che ha causato una sottovalutazione dello stesso, un numero di contagiati molto alto, e tutti in aree ristrette dei territori, così che ben presto i sistemi sanitari, anche i più efficienti, hanno raggiunto i livelli massimi di pressione che potevano sostenere.

[848] Va detto che in tale previsione va inserita l'Italia, sulla quale le previsioni non sono concordi, data la difficoltà di presumere una reale perdita del Pil reale. Il suo Pil sembrerebbe essere destinato a calare del -9.1%, ovvero del -11%, ma, e ciò è quanto è importante dire, non sembra essere isolata, in quanto anche Francia, Germania e Spagna rientrano in previsioni non molto più generose.

Questa situazione, oltre che ad essere comune ad alcuni Paesi più colpiti dal virus, costituisce un rischio in quanto in caso si registrassero tanti e nuovi casi di contagio, sarebbe difficile fornire a tutti cure adeguate e necessarie.

Oltre agli sforzi, dunque, delle autorità nazionali e dei Governi, anche l'UE è intervenuta nei limiti delle sue competenze in materia[849], e si veda dunque che tipo di azione essa ha messo in campo sia per poter sostenere gli Stati membri, che per superare la crisi emergenziale.

In tal senso si vedano due tipi di azioni, strettamente legate, da una parte le misure inerenti alla sanità pubblica, e l'assistenza sanitaria, dall'altra le misure volte a sostenere la ricerca, in quanto, come sostenuto a più riprese dalla Presidente della Commissione Ursula von der Leyen, "we can only defeat it when the world has a vaccine. This must be our main focus"[850].

Circa le prime misure, quelle inerenti al sostegno ai sistemi sanitari dei vari Paesi, l'UE ha adottato due categorie di azioni, alcune a breve termine, altre più di lunga durata.

In particolare, nella prima categoria si possono ascrivere quelle misure che si sono adottate dalla fine di febbraio in poi, in cui l'UE, anche sfruttando le sue solide competenze in materia di mercato interno, ha permesso la fornitura di materiale sanitario a tutti gli operatori che in prima linea curavano i malati da COVID-19.

Dato che in quel periodo di iniziale confronto con la terribile realtà di quella malattia alcuni presidi si sono trovati sprovvisti di materiale sanitario sufficiente rispetto all'alto numero di contagiati che giungevano negli ospedali, il sostegno di natura europea concerneva il rifornimento di materiale quali mascherine protettive e guanti, oltre che camici per il personale.

In questa strategia di azione la competenza dell'UE inerente al mercato interno si è rivelata un fattore positivo, in quanto, come si è riportato poc'anzi, dal 15 marzo si è disposta la chiusura delle frontiere esterne dell'UE, mentre quelle interne, secondo tempi e modi diversi, sono state altresì chiuse nei confronti dei cittadini europei, ma sulla base delle scelte dei singoli Paesi.

Dunque il mercato interno ha visto una restrizione della sua funzione e natura, in quanto pensato come composto senza barriere interne, e l'UE in tal senso ha garantito che, nonostante per ragioni sanitarie gli spostamenti non fossero consentiti, si dovevano ad ogni modo creare dei canali e delle vie preferenziali alle frontiere per garantire la libera circolazione del materiale sanitario e del personale sanitario, oltre che dei beni di prima necessità che sono oggetto di importazione da parte di alcuni Paesi.

Inoltre, per alcuni dei materiali sanitari necessari, se non già disponibili, che dovevano essere acquistati sul mercato esterno, l'UE, nel corpo della Commissione Europea, ha coordinato gli sforzi dei vari Paesi, e sotto il suo controllo si è proceduto all'acquisto e diffusione di tali strumenti.

---

[849] Si veda il II capitolo, par. 2.4 e ss.

[850] Così la Presidente della Commissione Europea Ursula von der Leyen nella conferenza di lancio dell'azione '*Global Goal: Unite for our Future*', 29 maggio 2020.

Più specificatamente, e questa corrisponde ad un'importante novità, si è composto un budget comune di 3.08 miliardi di Euro con il quale finanziare l'acquisto di tali materiali necessari per proteggere operatori e pazienti, oltre che aiutare quest'ultimi.

Questo fondo è stato disposto con una risoluzione del Parlamento Europeo[851]del 17 aprile, e costituisce una novità importante in quanto rappresenta un'azione europea senza precedenti, innanzitutto per il suo carattere comune, nel senso che gli Stati membri questa volta non agiscono in maniera isolata, ma l'UE con le proprie competenze, in particolare quelle di coordinamento delle azioni statali in materia di sanità pubblica, oltre a quelle inerenti al mercato interno, assume una posizione prevalente circa l'applicazione di questa strategia; secondo poi esso fondo nasce dalla proposta di modifica del bilancio dell'UE avanzata dal Consiglio[852], la quale nella sua accezione più generale concerne anche la sospensione delle regole che costituiscono la politica di *austerity* dell'UE, oltre che una modalità, inerente sempre all'abbandono delle politiche di *austerity*, per aumentare le risorse che l'UE mette a disposizione e di cui si dirà.

In particolare, vengono mobilitati gli strumenti di flessibilità[853] che permetterebbero agli Stati, in particolare quelli con maggiori pressioni circa il controllo e la limitazione della loro spesa, di poter finanziare misure per affrontare e superare la crisi.

Dunque si registra un possibile cambiamento di visione circa le modalità per affrontare e superare delle crisi, non più contingentando la spesa, bensì sostenerla con fermezza, e specificatamente se riguarda il settore sanitario che ha subito nel tempo finanziamenti sempre più ridotti.

Infine, ancora circa i materiali sanitari, è stato disposto il rinvio dell'applicazione delle nuove regole, previste di entrare vigore, circa i nuovi requisiti che i dispositivi medici dovevano possedere[854], regole che avrebbero richiesto degli sforzi ai produttori per cambiare la loro produzione, così da conformarsi alle nuove regole diverse da quelle precedenti.

Con la stessa risoluzione precedente il Parlamento Europeo ha ritenuto che gli sforzi dei produttori di tali materiali dovessero convergere verso il fine di fornire tali materiali agli Stati, così da poter resistere all'emergenza sanitaria.

Anche questa misura costituisce una novità importante, in quanto prevede il rinvio dell'applicazione di regole inerenti al mercato interno, in particolare l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia

851 Risoluzione del Parlamento europeo del 17 aprile 2020 concernente la posizione del Consiglio sul progetto di bilancio rettificativo n. 2/2020 dell'Unione europea per l'esercizio 2020 – Fornire un sostegno di emergenza agli Stati membri e rafforzare ulteriormente il meccanismo unionale di protezione civile/rescEU per rispondere all'epidemia di COVID-19 (07251/2020 – C9-0109/2020 – 2020/2055(BUD)), GUUE L 126 del 21 aprile 2020.

852 2020/2055(BUD).

853 2020/2056(BUD).

854 Si ricordi che l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in tale materia è stata oggetto di una delle prime azioni di natura europea concernenti la sanità pubblica, ed il mercato interno.

di requisiti dei dispositivi medici, così da realizzare l'istaurazione ovvero il funzionamento del mercato interno.

Questa serie di misure a breve termine hanno l'obiettivo di arginare, nell'immediato, i danni che, posto l'eccessivo numero di contagiati da COVID-19, i sistemi sanitari nazionali esasperati dal suddetto numero non possono evitare.

Ma queste misure sono entrate anche a far parte di una strategia più a lungo termine, il programma "UE per la Salute"[855], esistente già da qualche anno.

Questo programma, come si diceva, fa parte di una strategia di più ampio rispiro, in particolare essa fa parte del c.d. "*Recovery Plan*" presentato dalla Commissione Europea lo scorso 27 maggio 2020, e che proviene sempre dalla modifica del budget annuale dell'UE prevedendo una maggiore flessibilità e possibilità di spesa.

Si dirà a breve delle misure inerenti all'economia all'interno del *Recovery Plan*, ma per quanto concerne l'aspetto sanitario dello stesso, va detto che il programma "Ue per la Salute" è una strategia per gli anni dal 2021 al 2027, ed ha l'obiettivo di migliorare la tutela della salute, rafforzando i sistemi sanitari nazionali, offrendo migliore assistenza sanitaria e promuovendo innovazione ed investimenti.

Il programma si poggia su un finanziamento di quasi 10 miliardi di Euro, ed è suddiviso in tre aree di intervento: 1) tutelare le persone dalle minacce sanitarie di carattere transfrontaliero[856]; 2) aumentare le disponibilità dei farmaci e dei medicinali[857]; 3) rafforzare i sistemi sanitari nazionali.

In merito a quest'ultimo punto, data l'attenzione che si è concessa al tema nelle pagine successive, si dica che tipo di caratteristiche possiede l'azione che l'UE ha intenzione di mettere in atto.

Ancora l'obiettivo sembrerebbe essere quello di rendere i sistemi più efficienti, in particolare investendo nella prevenzione delle malattie[858], cercando di aumentare la coordinazione tra i vari sistemi sanitari europei, così da favorire lo scambio delle buone pratiche di cura.

Questo al contempo è volto anche ad aumentare la capacità di resilienza dei sistemi suddetti, così da poter arginare gli effetti inaspettati di drammi sanitari come quelli in corso.

---

[855] Dall'inglese '*EU4Health*', costituisce la campagna iniziata nel 2017 dalla presidenza della Commissione Europea di Jean Claude Juncker, e mira ad un rafforzamento delle competenze dell'UE nell'ambito della tutela della salute. Nella descrizione della campagna si riporta che tale aumento di competenze sembrerebbe essere richiesto dal 70% dei cittadini europei.

[856] Inevitabile è il paragone con il 1992 e l'adozione del Trattato di Maastricht in cui all'UE venne affidata una specifica competenza circa la tutela della salute pubblica, più specificatamente il controllo sui prodotti quali organi e sostanze di origine umana, e ciò a seguito della diffusione dell'AIDS di quegli anni per cui vedendo il carattere europeo e transfrontaliero della minaccia gli Stati membri ritennero l'UE fosse il soggetto più idoneo ad assolvere tale compito.

[857] Anche in tal caso si ricordi come l'azione europea avesse sconfinato in tale settore sin dagli anni 60.

[858] Questo obiettivo fa parte di una strategia sanitaria dell'UE volta a rispondere al tema dell'aumento dell'aspettativa di vita di una gran parte dei cittadini europei. In particolare si è manifestato il problema che mentre aumenta l'aspettativa di vita, parallelamente aumentano gli anni che però i cittadini più anziani vivono non in "buona salute", perciò prevenendo le malattie si può ritardare l'anno in cui sopraggiunge una prima malattia, cronica o no, nello stato di salute degl'individui.

Per far ciò si mira anche ad aumentare la facilità di accesso alle cure degli individui in stato di necessità, qualunque sia il loro stato, nel senso che anche le fasce più deboli, come le persone con disabilità, non debbano incontrare difficoltà per accedere alle cure.
Questa è la previsione che più in via diretta mira alla tutela del diritto alla salute dei cittadini.
Il tutto si basa su una consapevolezza acquisita durante questi mesi di emergenza, di fatti precede l'adozione di tale programma la constatazione che 'building on the lessons learned from the COVID-19 crisis, EU4Health is an ambitious and dedicated funding programme […] to build resilient health systems in the EU'.

Infine nello stesso periodo l'azione dell'UE ha investito anche il fondamentale settore della ricerca.
Si sono progressivamente finanziati progetti di ricerca sia per sviluppare cure sempre più efficienti contro il nuovo coronavirus, sia per trovare un vaccino alla malattia, poiché, come detto prima, costituisce l'unico risultato possibile per porre un termine definitivo a questa crisi che, anche se gestita nel migliore dei modi, mai potrebbe essere eliminata senza un vaccino.
Nel mondo della ricerca si è di nuovo proposta come fondamentale l'attività di finanziamento di questo settore, in alcuni Paesi, come l'Italia, eccessivamente depotenziata, anche se fondamentale.
Inoltre, si è vista una sinergia degli esperti di ogni Paese, che potrebbero, romanticamente, far preludere a dimensione transnazionali di attività scientifiche istituzionali, aumentando l'intervento, e la necessità di un intervento, europeo nel mondo non solo sanitario, ma della scienza.
E tale desiderio è stato portato a realtà proprio pochi giorni fa, quando è giunta la notizia di un accordo stipulato da Francia, Germania, Italia ed Olanda con Astrazeneca, un'azienda biofarmaceutica che ha compiuto ricerche per trovare un vaccino al virus nel corso di tutta la pandemia[859].
I Ministri della Salute dei rispettivi Paesi hanno raggiunto questo accordo per far in modo di ottenere, entro la fine del 2020, circa 400.000 di dosi del vaccino, che possano diventare ancor di più, se l'azienda riuscisse a rafforzare la sua capacità produttiva.
Questa sinergia fa parte di un sistema di cooperazione maggiore, che è quello, per l'appunto, europeo, dato che la Commissione, sin dai mesi scorsi, ha facilitato il dialogo e la cooperazione tra gli Stati membri, così da unire le forze per raggiungere l'obiettivo della scoperta, e successiva diffusione, dell'unica soluzione definitiva del problema, il vaccino, che, per il bene comune, è stato scoperto.

Tutte queste misure ed azioni appena riportate fanno parte di quella serie di dati e affermazioni che si anticipava vanno prese con molta cautela, in particolare se trattasi della loro efficacia e positività.

[859] Anche un'azienda italiana ha partecipato alla ricerca, adducendo allo studio per il vaccino importanti conoscenze maturate durante lo studio per il virus della "suina" nel 2009. Ciò è sicuramente un merito ed un prestigio per l'Italia, che riporta l'attenzione sul settore della ricerca eccessivamente depotenziato nel corso del tempo.

Alcune non hanno trovato ancora applicazione, altre sono appena state messe in campo, ma si può comunque notare come l'intenzione di un'azione comune e coordinata sia esigenza condivisa da gran parte dei leader europei, segnando un'inversione di marcia politica rispetto al passato, e alle divergenze e distanze del passato.

Come riportato nella presentazione del programma "*EU4Health*" sembrerebbe che anche una gran parte dei cittadini europei voglia un rafforzamento dell'azione di dimensione europea, con buone ragioni anche per sostenere ciò.

Dunque si può dire, con il beneficio del dubbio, che rispetto alla crisi precedente, ipotizzando che il motivo possa risiedere anche nel carattere esclusivamente economico della stessa, l'UE ha riscoperto la necessità di rivedere, reinvestire e riscoprire il suo volto sociale e la sua natura solidale e di cooperazione.

Non va dimenticato che nel periodo in cui scoppiò e dilagò la crisi finanziaria, le idee neoliberiste godevano di maggior credito rispetto ad oggi.

Attendendo quanto è ignoto a chi vive il presente, si sostiene con forza la necessità di un'inversione di rotta dell'UE mercantilistica, anche data la fallacità di alcune delle politiche ad essa legate, così da andare verso una UE naturalmente sociale.

3.2.2. Supportando l'economia ed i sistemi sanitari nazionali, il *Recovery Plan* ed il MES

Si giunge ora al tema più discusso e controverso di questo periodo, l'intervento europeo a sostegno delle economie e dei sistemi sanitari nazionali, oltre che dei sistemi sociali.

In tal senso l'azione dell'Unione Europea sarà scomposta in due gruppi suddivisi in base all'origine dell'intervento e lo scopo dello stesso.

Inoltre si dica che tale analisi si inserisce nuovamente sulla contrapposizione tra l'economia, i valori economici, e la necessità di sostenere un modello sociale.

La prima categoria di misure da esaminare è quella che rientra nel c.d. *Recovery Plan*, nel quale è anche inserito il fondo di 10 miliardi di Euro di cui si è appena parlato.

Secondo poi si parlerà dell'altro strumento europeo sempre sotto l'attenzione di studiosi e politici, data la sua natura ed il suo utilizzo, che è il Meccanismo Europeo di Stabilità.

Per analizzare il contenuto del *Recovery Plan* proposto dalla Commissione Europea, si veda il documento ufficiale di quest'ultima in cui viene esposto in maniera dettagliata.

Nella Comunicazione del 27 maggio 2020[860] la Commissione risponde alle proposte che gli Stati membri nei mesi precedenti avevano avanzato per fronteggiare la crisi, cercando, con strategie diverse, e condivise, di muoversi sempre con strategie di portata europea, e nel farlo delinea l'azione dell'UE a sostegno delle economie nazionali, dei sistemi sociali nazionali, ed anche quelli sanitari, di cui si è fatta menzione.

Nel predisporre e presentare delle misure la Commissione si è orientata su alcune idee di base sia circa la crisi che la situazione generale in cui essa si è inserita.

Come visto dalle statistiche precedenti la Commissione prevede la riduzione del Pil europeo del -7.4%, e quindi assume che sia necessario predisporre delle misure adatte a resistere all'impatto, oltre che permettere una ripartenza.

Inoltre essa riporta che l'UE, e gli Stati membri, sono impegnati nel realizzare gli obiettivi del *New Green Deal* e della transizione digitale, dunque tali obiettivi rimarranno al vertice delle agende politiche, anche considerando come le tecnologie, e quelle digitali in particolare, abbiano costituito una risorsa fondamentale per permettere la prosecuzione delle attività pubbliche, lavorative e scolastiche.

Dunque la ripresa dovrà avere una dimensione europea in quanto 'se lasciata in mano ai singoli paesi, la ripresa sarà probabilmente incompleta, disomogenea e ingiusta'[861].

Onde evitare ciò l'UE propone dunque un piano, fermi restando gli obblighi inerenti al clima ed alla digitalizzazione, che sia a favore delle future generazioni, e prende il nome di *Next Generation EU*, ed è composto, nel suo totale, da 1.850 miliardi di Euro, che sono il frutto dell'aumento di budget sul quale si è espresso il Parlamento Europeo, la cui risoluzione è sopracitata.

Considerando gli aspetti più specifici di questo piano, volto sia alla risoluzione della crisi, sia a porre l'UE in una posizione di leadership successivamente alla fuoriuscita da questa, esso può essere scomposto in tre grandi aree di intervento[862].

Il Programma in questione, come detto, prevede l'aggiunta di un budget straordinario a quello che l'UE aveva, antecedentemente alla crisi, predisposto, ed in particolare esso si finanzierà sui mercati finanziari, grazie all'intervento della Commissione.

'Questo consentirà alla Commissione di utilizzare il suo ottimo rating di credito per prendere in prestito 750 miliardi di EUR sui mercati finanziari a favore di Next Generation EU'[863].

Dunque il finanziamento sarà gravante sul bilancio europeo, ampliato anche senza prendere in considerazione questa attività di credito richiesta dalla Commissione, e ciò, sostiene quest'ultima,

[860] Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. '*Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*', COM(2020) 456 finale.
[861] COM(2020) 456 finale, p. 4.
[862] La Comunicazione della Commissione COM(2020) 442 finale contiene le linee guida dell'azione *Next Generation EU*.
[863] COM(2020) 456 finale, p. 4.

avviene in quanto la formazione di detto bilancio avviene in secondo consolidati meccanismi trasparenti ed affidabili, che si guadagneranno la fiducia delle agenzie di rating e dei creditori finanziari.

Il rimborso di questi fondi ottenuti avverrà nei futuri bilanci, appunto, dell'UE e ciò 'non prima del 2028 e non oltre il 2058'[864].

Per quanto concerne, invece, la possibilità di spesa di queste risorse senza precedenti, la strategia è sempre spiegata dalla Commissione nella medesima Comunicazione.

Innanzitutto va detto che il *Next Generation EU*, composto dai fondi suddetti, 'poggia su tre pilastri: strumenti a sostegno degli sforzi profusi dagli Stati membri per riprendersi dalla crisi, superarne gli effetti e riemergere più forti; misure volte a stimolare gli investimenti privati e sostenere le imprese in difficoltà; rafforzamento di programmi strategici dell'UE per imparare dalla crisi e rendere il mercato unico più forte e più resiliente'[865].

Per quanto concerne il primo di questi pilastri, la Commissione lo ha a sua volta suddiviso, prevedendo che alcune misure saranno destinate a ciascuna delle aree che lo compongono, ma lo 'scopo sarà promuovere gli investimenti e le riforme essenziali ai fini di una ripresa duratura, migliorare la resilienza economica e sociale degli Stati membri e sostenere la transizione verde e digitale'[866].

Più specificatamente, alcune risorse finanziarie andranno a sostenere quelle riforme che mirano, sì alla transizione suddetta, ma principalmente all'ordinamento interno degli Stati, così da renderli più resilienti ed efficienti.

Inoltre verranno finanziate le riforme statali che mirano ad attrarre investimenti privati nel mercato dello Stato, così da riattivare, per l'appunto, l'economia dello Stato.

Come altra categoria di area di intervento si ha il programma c.d. 'REACT-EU, intesa ad aumentare il sostegno alla coesione di cui gli Stati membri possono avvalersi per migliorare la resilienza e la sostenibilità delle loro economie nella fase di superamento degli effetti della crisi'[867].

Questo programma rientra nella sfera più generale delle politiche di coesione degli Stati, settore da tenere sotto una lente speciale, a parere della Commissione, in quanto la crisi può aver riacceso divergenze politiche e nazionaliste di alcuni Stati, così come aggravato alcune disparità economiche tra alcuni Paesi che aumenterebbero tali chiusure.

Anche in questo caso, come nelle altre aree di intervento, la Commissione prudentemente mette sul piatto delle cifre che saranno finanziate agli Stati anno dopo anno, così da evitare possibili sprechi di risorse.

[864] *Ibid.*
[865] COM(2020) 442 finale, p. 4.
[866] *Ibid.*, p. 5.
[867] COM(2020) 442 finale, p. 5.

Infine compone, e completa, il primo pilastro del pacchetto, il supporto delle azioni statali volte a ridurre gli effetti negativi della crisi sulla disoccupazione giovanile, in particolare un'attenzione maggiore sarà dedicata agli Stati che hanno già un alto livello di disoccupazione giovanile, rispetto agli altri Stati.
Anche in questo caso si registra di un programma di coesione sociale, strumentale, ed a sostegno dell'economia europea, e quindi degli Stati.
La Commissione, nello specifico, aumenta il budget del Fondo sociale europeo e ritiene 'che gli Stati membri i cui livelli di disoccupazione giovanile sono superiori alla media dell'UE dovrebbero stanziare a favore dei giovani almeno il 15 % della propria quota di risorse del Fondo sociale europeo Plus in regime di gestione concorrente'[868].

Le azioni inerenti al secondo pilastro sono quelle volte ad attrarre gli investimenti privati, e perciò l'attenzione è dedicata al rafforzamento di un programma tutt'ora esistente ma che deve diventare più forte, si tratta del programma *InvestEU*, il 'il programma faro per gli investimenti in Europa, al fine di mobilitare investimenti privati a vantaggio dei progetti strategici in tutta l'Unione'[869].
Così facendo la Commissione cerca di favorire gli investimenti che si orientino nei settori nevralgici della catena economica europea, in particolare in quelli che possono rendere il sistema più capace a modificarsi in caso di necessità.
Considerando gli investimenti privati come una spinta propulsore della ripresa economica, la Commissione sembra non tralasciare il sostegno alle imprese, sia floride, sia che versino in difficoltà, e ritiene che si debba supportare l'azione degli Stati a loro favore, in quanto anche se robuste economicamente, potrebbero riscontrare difficoltà circa liquidità e solvibilità.
Entrambi questi ambiti devono ricevere sostegno economico dal programma *Next Generation EU*, limitando i danni che queste subiscono dalla crisi, e ponendole nelle condizioni di essere parte della ripresa economica.
Proprio questo ambito inerente alla ripresa economica, grazie al rafforzamento del programma *InvestEU*, si mira a finanziare, e facilitare, la possibilità di investimento nel settore digitale, cercando di creare una rete 5G in tutta l'Unione, e nel settore dell'ambiente, cercando di rendere l'UE, in linea con i suoi obiettivi, un continente ad impatto ambientale neutro.

Infine l'ultimo pilastro concerne l'imparare dagli errori e dalle difficoltà della crisi.
Questo pilastro è strettamente legato ai due precedenti, in quanto si ritiene che solo favorendo misure statali ed investimenti dedicati alla resilienza ed alla digitalizzazione, ovvero neutralità climatica, si può

[868] *Ibid.*, p. 6.
[869] *Ibid.*, p. 7.

creare un sistema economico europeo talmente strutturato da poter assorbire i possibili danni che si potrebbero generare da future crisi, imprevedibili come del resto lo era questa in esame.

Gli ambiti di azioni inerenti a quest'ultimo pilastro sono vari, e si dia uno sguardo veloce giusto per comprendere la portata dell'azione europea, va detto, di nuovo, unica nella sua storia, considerando le misure da adottare, la risorse a sostegno, ed il fatto che sarà la Commissione a procedere alla raccolta delle risorse finanziarie, ascrivendole al bilancio dell'UE.

In questo rientra, ed è in posizione preminente, il programma 'UE per la Salute' di cui sopra, a cui saranno destinati, come anticipato, quasi 10 miliardi di Euro.

Questo, si ribadisce, andrà a finanziare il mondo della ricerca, come detto in precedenza, che svolgerà un ruolo fondamentale anche per guidare la transizione digitale e *green*, nel senso che le scoperte scientifiche inerenti a tali settori saranno la base per le scelte politiche future.

Di conseguenza saranno investite altre risorse nel programma *rescEU,* a favore della protezione civile dell'Unione, altre risorse verso 'Orizzonte Europa', che concerne per l'appunto la transizione ecologica e digitale.

Inoltre 'investire in un'infrastruttura di trasporto aggiornata ad elevata efficienza per facilitare le connessioni transfrontaliere; creare le condizioni per un mercato unico ben funzionante in grado di guidare la ripresa; investire nei giovani destinando 3,4 miliardi di EUR aggiuntivi a Erasmus+; incrementare la resilienza del settore agroalimentare e della pesca'[870] ed ancora molto altro, a cui va aggiunta una porzione di risorse volte al sostegno di altri Paesi del panorama internazionale, in difficoltà e incapaci di affrontare le difficoltà future.

Merita attenzione, infine, il fondo SURE costituito per sostenere i lavoratori, e far sì che questi conservino i loro posti di lavoro durante la crisi.

Nell'immediato l'UE ritiene di investire 100 miliardi a sostegno dei lavoratori europei, e conserva 440 miliardi, per un totale, come budget del fondo, di 540 miliardi di Euro a sostegno dei lavoratori, per i quali, propone la Commissione, dovrebbe essere garantito anche un salario minimo che, durante la crisi, permetta a questi di mantenere una vita dignitosa.

Ora si passi all'analisi di un'altra misura intesa a contrastare la crisi e fornire supporto alle economie degli Stati membri, e forse la misura che ha animato di più le discussioni politiche, sopite anche nel corso di questi anni.

Si tratta della possibilità di ottenere finanziamenti del Meccanismo Europeo di Stabilità.

[870] COM(2020) 442 finale, p. 13.

Si è detto dell'origine di quest'ultimo nel capitolo precedente, e conviene ricordare che esso è stato costituito nell'Ottobre 2012 per fornire sostegno finanziario agli Stati dell'Eurozona, anche se sotto stringenti e severe condizionalità.

Si era anche accennato di queste nelle pagine precedenti, in particolare si era presa in considerazione il caso greco e gli effetti che tali condizioni avevano avuto sul tessuto sociale e politico greco[871].

Nonostante le diverse opinioni circa l'utilità, ovvero la legittimità di tale strumento, esso costituisce una misura predisposta per sostenere gli Stati durante l'impatto con gli effetti negativi della crisi, ed aiutarli a fuoriuscirne.

Per far ciò, il MES è andato incontro ad un attento scrutinio dei leader europei, in particolare quelli dell'Eurogruppo[872], che hanno posto di nuovo sotto la loro lente i meccanismi di funzionamento del MES.

Ripercorrendo brevemente la genesi del MES per fronteggiare la crisi da COVID-19, si cominci dalle comunicazioni avvenute durante la prima metà di marzo, in particolare tra il 15 ed il 16 marzo i leader dell'Eurogruppo avevano dato mandato sia alla Commissione che al MES di avanzare proposte di strategie economiche per fronteggiare la crisi, sempre nel rispetto delle loro competenze.

Proprio su questa base, il Consiglio di amministrazione del MES affermava che era pronto a sostenere un investimento grazie alle risorse non utilizzate, coincidenti a 410 miliardi di Euro.

A tale affermazione i membri dell'Eurogruppo, il 24 marzo[873], comunicavano al Consiglio Europeo la loro disponibilità, se necessario, ad utilizzare le risorse del MES, in una maniera, tuttavia, che fosse coerente con la dimensione della crisi economica, che è simmetrica per tutti gli Stati, ed esterna, nel senso non endogena, e dipendente, dall'economia nazionale medesima, per cui, implicitamente, rifiutavano gli strumenti esistenti, per le ragioni di cui al caso greco, ma non chiudevano alla possibilità di ottenere risorse dal MES.

Sostenendo tale necessità, dunque, il 9 aprile, gli Stati dell'Eurogruppo avevano deciso che fosse necessario istituire, all'interno del MES, un nuovo strumento da utilizzare, il *Pandemic Crisis Support* (PCS), che fosse composto, però, da diversi termini di utilizzo rispetto a quelli valevoli per gli altri strumenti del MES esistenti[874].

---

[871] È di fresca pubblicazione un report indipendente *Lessons form Financial Assistence to* Greece, compiuto da un "*Indipendent Evaluator*" eletto dal Consiglio dei Governatori.

[872] Si tratta di un organo informale composto dai leader dei Paesi membri dell'Eurozona, i suoi membri, i ministri delle finanze, sono anche i membri del Consiglio dei Governatori del MES.

[873] Si veda la Lettera del Presidente dell'Eurogruppo al Consiglio Europeo, Bruxelles 24 marzo 2020;
Link: https://www.consilium.europa.eu/media/43059/letter-peg-to-pec-24032020.pdf.

[874] I diversi strumenti a cui gli Stati del MES possono accedere sono: 1) Prestiti per compiere aggiustamenti a livello macroeconomico (questo strumento è stato richiesto da Cipro, Grecia, Irlanda e Portogallo); 2) acquisti, in favore degli Stati, sul mercato primario e secondario; 3) Linea di credito preventiva, che è quella che, sotto diverse forme, potrebbe entrare in gioco per sostenere gli Stati a fronteggiare questa crisi; 4) Prestiti per ricapitalizzazione indiretta delle banche (questo è lo strumento che è stato richiesto dalla Spagna); 5) ricapitalizzazione diretta delle istituzioni.

Precedente alle ultime decisioni, che hanno cristallizzato quanto anticipato in precedenza, è avvenuto un importante scambio di comunicazioni politiche, in particolare il 7 maggio è stata inviata una lettera dalla Commissione, nelle persone di Dombrovskis e Gentiloni, al Presidente dell'Eurogruppo esprimendo le valutazioni che la Commissione ha prodotto sulle condizioni e volontà dei Paesi dell'Eurogruppo[875].

In questa lettera la Commissione esprime la sua intenzione a non attivare, data la situazione, le stesse stringenti condizionalità che vigono per i diversi strumenti del MES, nello specifico, le condizioni che essa ritiene non debbano essere applicate, data l'emergenza, la straordinarietà dell'intervento ed il suo ambito di applicazione ridotto e circoscritto sono quelle di cui agli artt. 3(3), 3(4), 3(7) e 7 del Regolamento 472/2013 che concernono rispettivamente, i primi due l'obbligo aggiuntivo di informazione e report circa il sistema finanziario; il terzo che concerne i meccanismi per affrontare le difficoltà interne (inesistenti in quanto si è detto che la natura della crisi è esterna); e l'ultimo articolo concerne il meccanismo di intervento per compiere aggiustamenti macroeconomici, ed è quello più discusso in quanto è la fonte del potere di intervento della Troika circa la definizione di riforme strutturali interne e macroeconomiche.

Dunque la Commissione sembrerebbe assicurare la non applicazione, in mancanza di giustificazione e legittimità, delle condizioni più stringenti che discendono dall'utilizzo del MES, e neanche l'instaurazione di una commissione *ad hoc* per il controllo dell'esecuzione delle riforme necessarie, che solitamente sono contenute nei suddetti *Memorandum of Understanding*.

L'unica condizione che la Commissione ritiene sia corretto istituire in questo nuovo strumento denominato PCS, sia quella di utilizzare le risorse richieste per fronteggiare e sostenere le spese direttamente, ed indirettamente legate all'assistenza sanitaria, cura e prevenzione del COVID-19[876].

Subito nei giorni successivi alla ricezione di tale lettera l'Eurogruppo, l'8 maggio, si accorda sulle caratteristiche del PCS e vengono, il 15 maggio, standardizzati i termini per tutti i Paesi dell'Eurozona.

Questa è, altresì, un'importante novità di questo strumento appena disposto, di fatti, dato che la crisi investe tutti ed in maniera simmetrica, non si differenziano i criteri di eleggibilità per accedere al MES, ma se ne creano altri, standard, affinché tutti gli Stati possano accedervi.

Non a caso, in materia di eleggibilità la stessa Commissione, in collaborazione con la BCE e lo stesso MES, ha compiuto una valutazione sulla situazione degli Stati per poter accedere al MES secondo tali criteri standard ed ha sostenuto che:

"(a) Euro Area Member States government debts are expected to remain sustainable and all Member States are expected to retain market access at reasonable terms. In particular, the Commission considers that, based on Commission forecast, additional costs due to the impact of the Corona virus outbreak would amount to more than €830 bln in 2020 and €280 bln in 2021 (including health related costs), for the euro area as a whole;

[875] Qui la lettera: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/letter_to_peg.pdf .
[876] Questa era una delle condizioni che aveva avanzato il 9 aprile lo stesso Eurogruppo, ed a cui la Commissione è in accordo.

(b) no euro area Member State is in an excessive deficit procedure pursuant to Article 126 TFEU, nor is in an excessive imbalance procedure pursuant to Article 7 of Regulation (EU) 1176/2011;
(c) external positions of euro area Member States are sustainable;
and (d) the ECB has concluded that there is no evidence of systemic solvency problems in the euro area banking systems"[877].

Detto ciò si dica, infine, degli ultimi aspetti rilevanti di questo nuovo strumento costituito per sostenere gli Stati contro la crisi economica.

Avendo accennato delle condizioni, più leggere in questo caso, rispetto a quelle che si applicherebbero negli altri, si dica di quelle finanziarie che si potrebbero applicare.

Stando alle condizioni pattuite per il PCS si prevede che gli Stati possono accedere solamente a delle risorse finanziarie pari al 2% del loro Pil, spendibile nel rispetto della condizione di cui sopra, vale a dire la copertura della spese dirette ed indirette sanitarie.

La richiesta di accesso a tali risorse deve essere compiuta non oltre il 31 Dicembre 2022, ed il primo periodo di disponibilità sarà di 12 mesi, estendibile di altri 6.

Al contempo il MES si finanzierà sul mercato così da sostenere il rispettivo finanziamento degli Stati, i quali saranno soggetti a dei costi operativi per l'intervento del MES.

In particolare al momento della richiesta di apertura del credito secondo il PCS essi dovranno una tassa operativa che serve a finanziare il MES stesso, in particolare, ne dovranno una, unica, ed iniziale pari a 25bps, e ne sarà dovuta anche una annuale, sempre facente parte di queste tasse operative, che sarà pari al 0,5% di quanto richiesto.

Considerate, ora, le caratteristiche di questo nuovo strumento che, ricapitolando, sarà soggetto ad una sola condizione inerente all'oggetto della spesa, costituirà il 2% del Pil dello Stato richiedente, e lo Stato dovrà versare comunque delle tasse c.d. operative per finanziare il MES, che ad ogni modo si finanzierà anche autonomamente sul mercato, si veda come si può accedere, sempre entro la data del 31 Dicembre 2022.

E nel dire ciò si delinei un'importante distinzione con gli altri strumenti del MES, che sono stati rifiutati dall'Eurogruppo, ma sui quali ci si è ispirati, per definire il PCS.

Lo strumento del MES già esistente, simile a questo è chiamato *Precautionary Credit Line* e serve, se richiesto, per sostenere uno Stato con una condizione economica non in crisi, così da evitare che in tale condizione il suddetto Stato non ci sprofondi.

Tale strumento ha due linee di credito, la quale, qui rilevante è la *Enhanced Conditions Credit Line* (ECCL), che prevede delle condizioni sicuramente più gravi, per gli Stati, rispetto a quelle previste dal PCS.

[877] A. ZOPPÈ C. DIAS, *The ESM Pandemic Crisis Support*, p. 3, European Parliament Briefing.

Ora si definiscano, appunto, le differenze tra il PCS, con la sua linea di credito, e la ECCL, come anche definite dalla Commissione.

Una volta avuto accesso al *Precautionary Credit Line* stando alle regole dell'ECCL, lo Stato riceverà un *Memorandum of Understanings*, che sarà fatto su misura del singolo e specifico intervento, in quanto, la situazione di crisi è interna e asimmetrica.

Nel caso del PCS, invece, le condizioni, come detto, sono state standardizzate per tutti gli Stati, e l'equivalente del *MoU* è un piccolo *template*[878] predisposto per tutti dalla Commissione.

Inoltre, e si ridica per chiarezza, la stretta sorveglianza tipica non sarà applicata, ed al suo posto, se attivato il PCS, il vincolo sarà quello di destinazione delle risorse, con il solo controllo di tale effettiva destinazione della spesa.

Infine, le condizioni fiscali sono diverse, in quanto, nel caso dell'ECCL, la tassa operativa iniziale sarà di 50bps e non 25bps, mentre uguale è quella annuale dovuta.

In conclusione, gli anni precedenti, successivi alla crisi del 2008, hanno permesso riflessioni importanti circa le modalità per affrontare una crisi, anche se quella non si può assimilare a quella del 2020 in quanto la portata è ancora più forte ed investe ancora più Stati rispetto alla prima, anche perché gli effetti non sono limitati all'economia ed al mercato, bensì minacciano anche la vita e la salute delle persone, che ha ricevuto giustamente un'attenzione speciale durante questi mesi.

Ed è proprio per tutelare questa che si è dovuto porre un freno alla vita frenetica che costituiva il motore delle economie, permettendo di ripensare anche quest'ultima.

L'UE ha disposto, ed utilizzerà verosimilmente, le misure di cui si è appena detto, per aiutare le persone, gli Stati, e sé stessa, a rialzarsi dalla crisi, con l'intenzione di guidare una transizione verso il digitale e l'impatto ambientale neutro, così da prevenire una crisi che potrebbe essere ben peggiore di quella sanitaria se scoppiasse in tutta la sua pericolosità.

L'azione volta al raggiungimento di tali obiettivi è unitaria, è europea, e ciò va accolto, sia perché sembrerebbe, come si diceva, un'inversione del *trend* in cui questa si è ingabbiata nel rispondere alla crisi del 2008, sia perché costituisce un'opportunità di riflessione e cambiamento importante, non solo nel settore economico.

Riprendendo da dove si è interrotta, il 2008 (?), il 1992 con Maastricht (?), l'UE ha modo di intraprendere un percorso di valorizzazione del mai morto Modello Sociale Europeo, che merita attenzione in quanto, come si è visto dalla crisi, i lavoratori ed i sistemi sanitari non possono risentire di politiche di *austerity* in quanto i danni che si possono generare rischiano, come avvenuto nella lotta al COVID-19 nelle corsie, di essere irreparabili.

[878] Per una visione del *template* suddetto: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/2020-05-08_draft_response_plan_for_eg12h50.pdf.

Inoltre si diceva del movimento sociale di questo periodo, in cui la gente denuncia ancor più a gran voce la volontà di vedere rispettate le naturali e biologiche regole dell'uguaglianza, per cui, nel pilastro dell'azione europea inerente all'imparare dalla crisi, andrebbero inserite misure volte, ad esempio, sì a combattere la disoccupazione giovanile, ma anche ad aumentare la parità salariale tra donne e uomini, combattere le violenze e le discriminazioni di genere, degli uomini verso le donne alla fine, acuitesi durante i periodi di restrizione delle libertà, ed in maniera quasi uniforme in tutti i Paesi.

Queste alcune delle campagne sociale che andrebbero inserite nell'agenda europea per poter guidare e realizzare una vera Trasformazione, non solo transizione dell'UE, realizzando quanto è insito nella sua natura, e che, ancora una volta va detto, deve solo essere riscoperto.

Ritengo che l'UE non dovrebbe farsi sfuggire un'occasione come questa, in cui si studia molto, si dibatte, si finanziano progetti come mai in precedenza, per realizzare una società giusta, basata sulla naturale e biologica caratteristica umana dell'uguaglianza, in quanto senza tale realizzazione vi sarà sempre una lacuna che permetterà l'insinuarsi di crisi imprevedibili.

L'UE dovrebbe riscoprire quanto è suo originario, l'idea della libertà e delle libertà che tutela con tutte le sue forze ed istituzioni, non sarà mai reale se non comprende che 'la libertà è l'obbligo di essere esseri umani'[879], e gli esseri umani sono tutti uguali.

[879] Frase attribuita a Massimo Fagioli.

Bibliografia essenziale:

Baldassarre, Antonio. *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 1989.

Barnard, Catherine. *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms.* Fifth ed. Oxford [etc.]: Oxford University Press, 2016.

Bogdandy, Armin Von, Matthias Kottmann, Carlino Antpöhler, Johanna Dickschen, Simon Hentrei e Maja Smrkolj. "Reverse Solange-Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States." *Common Market Law Review* 49, no. 2, 2012: 489-519.

Bottari, Carlo. *Tutela Della Salute Ed Organizzazione Sanitaria*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

Chalmers, Damian, Gareth Davies e Giorgio Monti. *European Union Law: Text and Materials.* 3rd ed. Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2014.

Clemens, Timo, Kai Michelsen e Helmut Brand. "Supporting Health Systems in Europe: Added Value of EU Actions?" *Health Economics, Policy and Law* 9: 49-69: Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Craig, Paul P., Gráinne De Búrca. *EU Law: Text, Cases, and Materials.* 6th ed. Oxford [ed.]: Oxford University Press, 2015.

Crisafulli, Vezio. *Le norme "programmatiche" della Costituzione* in Rossi, Luigi. *Studi Di Diritto Costituzionale in Memoria Di Luigi Rossi*. Milano: A. Giuffré, 1952.

Croon-Gestefeld, Johanna. "Reverse Solange: Union Citizenship as a Detour on the Route to European Rights Protection Against National Infringements." in Kochenov, Dimitry. *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights.* 665-684: Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Cygan, Adam. "Public Healthcare in the European Union: Still a Service of General Interest?" *International and Comparative Law Quarterly* 57, no.3: 529-60, 2008.

Cygan, Adam "Legal Implications of Economic Governance for National Parliaments." *Parliamentary Affairs* 70: 710-727, 2017.

Daniele, Luigi e Stefano Amadeo. *Dritto Dell'Unione Europea: Sistema Istituzionale, Ordinamento, Tutela Giurisdizionale, Competenze.* Milano: Giuffrè, 2018.

Daniels, Norman. *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Diciotti, Enrico. *Sulla Distinzione Tra Diritti Di Libertà e Diritti Sociali: Una Prospettiva Di Filosofia Analitica*. Bologna: Il Mulino, 2004.

D'Oliveria, Hans Ulrich Jessurun. "EU Citizenship and Beyond" in D'Oliveria, Hans Ulrich Jessurun. *EUI Working Papers LAW 2018.* Firenze: European University Institute, 2018.

Fagioli, Massimo. *Istinto Di Morte e Conoscenza*. Tredicesima ed. Roma: L'asino d'oro Edizioni, 2010.

Fagioli, Massimo. *Bambino, Donna e Trasformazione Dell'uomo*. Roma: L'asino d'oro Edizioni, 2013.

Fagioli, Massimo. *Das Unbewusste, L'inconoscibile*. Roma: L'asino d'oro Edizioni, 2019.

Fagioli, Massimo. *LEFT 2016 2017*. Roma: L'asino d'oro Edizioni, 2019

Ferrara, Rosario. *L'ordinamento della sanità*. in F.G. Scoca & F.A. Roversi Monaco– G. Morbidelli (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Giappichelli editore, Torino, 2007.

Fierro, Maria, Riccardo Nevola, e Danilo Diaco. *La Tutela Dei Diritti e i Vincoli Finanziari*, 2013.

Fiori Nastro, Paolo. *Le origini del metodo medico* in Colamedici, Daniela; Masini, Andrea e Roccioletti, Gioia. *La Medicina della mente*. Roma: L'asino d'oro, 2011.

Fligstein, Neil e Peter Brantley. "The 1992 Single Market Program and the Interests of Business" in Eichengreen, Barry, Jeffry Frieden, e Hagen Jürgen v. *Politics and Institutions in an Integrated Europe*. Berlin: Springer Berlin, 2013.

Gallino, Luciano "Il Modello Sociale Europeo e l'unità Della Ue." *Quaderni di Sociologia:* 15-26, 2012.

Garrett, Paul Michael e Teresa Francesca Bertotti. "Social Work and the Politics of 'Austerity': Ireland and Italy." *European Journal of Social Work* 20:1, 29-41, 2017.

Giunta, Concetta. "La direttiva sull'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera" in Morana, Donatella. *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

Gronden, Johan van de e Wolf Sauter. "Taking the Temperature: EU Competition Law and Health Care." *Legal Issues of Economic Integration* 38, no. 3: 213-241, 2011.

Grossi, Pierfrancesco. *I Diritti Di Liberta' Ad Uso Di Lezioni*. Bologna: Giappichelli, 1991.

Grossi, Pierfrancesco. *Il Diritto Costituzionale Tra Principi Di Libertà e Istituzioni*. Padova: CEDAM, 2005.

Guy, Mary e Wolf Sauter, "The History and Scope of EU Health Law and Policy" in Hervey, Tamara K.; Calum Alasdair Young e Louise E. Bishop (eds.) *Research Handbook on EU Health Law and Policy.* 17-35: Cheltenham: Edward Edgar Publishing, 2017.

Haas, Ernst B. *The Uniting of Europe. Political, Social and Economical Forces, 1950-1957*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1958.

Halberstam, Daniel. "Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States." in Dunoff, Jeffrey L e Joel P. Trachtman. *Ruling the world? Constitutionalism, international law & global government.* 326-355: Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Hatzopoulos, Vassilis. "Public Procurement and State Aid in National Health Care Systems." in Mossialos, Elias, Govin Permanand, Rita Baeten, e Tamara Hervey. *Health Systems Governance in Europe: the Role of European Union Law and Policy.* 379: Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Helderman, J.K. "The crisis as a catalyst for reframing health care policies in the European Union" *Health economics, policy and law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Hervey, Tamara K., e Jean V. McHale. *European Union Health Law: Themes and Implications*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2015.

Hervey, Tamara K., "The Right to Health in the European Union Law." in Hervey, Tamara K., e Jeff Kenner, *Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights: a Legal Perspective.* Oxford: Hart Publishing, 2003.

Jorio, Ettore. *Diritto Sanitario*. Milano: Giuffrè, 2006.

Kersbergen, Kees van e Barbara Vis "The Logic of Welfare State." in Kersbergen Kees van e Barbara Vis *Comparative Welfare State Politics: Development, Opportunities, and Reform.* Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Kochenov, Dimitry. *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights.* Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Lamberti, Lorenzo. *Diritto Sanitario*. Milano: Wolters Kluwer, 2019.

Leonardi, Filippo, e Mauro Marcantoni. *Nella Storia Della sanità Italiana: Cinquant'anni Di Aiop*. Trento: I.A.S.A., 2016.

Longobardi Ernesto e David Natali (a cura di). *L'essere Umano e L'Economia.* Roma: L'asino d'oro edizioni, 2019.

Longobardi, Ernesto. "Visione antropologica degli economisti e antropologia economica" in Longobardi Ernesto e David Natali (a cura di). *L'essere Umano e L'Economia.* 69-101: Roma: L'asino d'oro edizioni, 2019.

LUISS BUSINESS SCHOOL. *L'evoluzione dei modelli sanitari internazionali a confronto per costruire il servizio sanitario nazionale del futuro*. Roma: AIOP, 2016.

Martella, Valentina. "La crisi finanziaria del 2008: dal fallimento della Lehman Brothers al populismo" in Longobardi Ernesto e David Natali (a cura di). *L'essere Umano e L'Economia.* 3-41: Roma: L'asino d'oro edizioni, 2019.

Matteucci, Stefanto Civitarese. "Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"" *Mercato Concorrenza Regole*. Aprile 2019.

McHale, Jean. "Fundamental Rights and Health Care." in Mossialos, Elia, Govin Permanand, Rita Baeten, e Tamara Hervey. *Health Systems Governance in Europe: the Role of European Union Law and Policy.* 282-314: Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

McKee, Martin, Tamara Hervey e Anna Gilmore "Public Health Policies" in Mossialos, Elia, Govin Permanand, Rita Baeten, e Tamara Hervey. *Health Systems Governance in Europe: the Role of European Union Law and Policy.* Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Merusi, Fabio. *Servizi Pubblici Instabili*. Bologna: Il mulino, 1990.

Mingardi, Alberto. *La Verità, vi prego, sul neoliberismo: Il poco che c'è, il tanto che manca.* Venezia: Marsilio Nodi, 2019.

Minni, Francesca, e Andrea Morrone. *Il Diritto Alla Salute Nella Giurisprudenza Della Corte Costituzionale Italiana*. Roma: AIC, 2013.

Morana, Donatella. *La Salute Come Diritto Costituzionale: Lezioni*. Torino: Giappichelli, 2015.

Moreno, Luis e Bruno Palier. "The Europeanisation of Welfare: Paradigm Shifts and Social Policy Reforms." in Taylor-Gooby, Peter. *Ideas and Welfare State Reform in Western Europe*. 145: London: Palgrave Macmillian, 2005.

Mossialos, Elias, Govin Permanand, Rita Baeten, e Tamara Hervey. *Health Systems Governance in Europe: the Role of European Union Law and Policy.* 1-83: Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Mossialos, Elias e Willy Palm. “The European Court of Justice and the free movement of patients in the European Union.” *International Social Security Review*, p. 11, vol. 56, Oxford: Blackwell Publishing, 2003.

Natali, David. “Il modello sociale europeo è morto? Politiche sociali e relazioni industriali tra austerità e integrazione europea” *Rassegna italiana di sociologia.* Bologna, Il mulino, 2013.

Nato, Alessandro. “Il dritto alla salute dei cittadini dell’Unione e l’assistenza sanitaria transfrontaliera: recenti sviluppi” in Triggiani, Ennio e Ugo Villani. *Studi sull’integrazione europea.* 573. n. 2-3, anno XI, Bari: Cacucci Editore, 2016.

Newdick, Christopher. “Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity.” *Common Market Law Review* 43: 1645-1668: *Kluwer Law International*, 2006.

Nucci, Paolo. “La Migliore Sanità Del Mondo.” *Università degli studi di Milano*, 2019.

O’Brien, Charlotte. “I Trade, Therefore I Am: Legal Personhood in the European Union.” in Ackermann, Ronald T. *Common Market Law Review* 50, no. 6, 2013.

Palm, Willy e Irene A. Glinos. “Enabling Patient Mobility in the EU: Between Free Movement and Coordination” in Mossialos, Elias, Govin Permanand, Rita Baeten, e Tamara Hervey. *Health Systems Governance in Europe: the Role of European Union Law and Policy.* 1-83: Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Pezzini, B. *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale* in Balduzzi, R. *Cittadinanza, Corti e Salute*. Padova: CEDAM, 2007.

Pioggia, Alessandra. *Diritto Sanitario e Dei Servizi Sociali*. Seconda ed. Torino: G. Giappichelli, 2017.

Prosser, Tony. “EU competition law and public services” in Mossialos, Elia, Govin Permanand, Rita Baeten, e Tamara Hervey. *Health Systems Governance in Europe: the Role of European Union Law and Policy.* 317. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Rujiter, De e Anniek, *EU Health Law & Policy: The Expansion of EU Power in Public Health and Health Care.* Oxford: Oup Oxford, 2019.

Sandulli, Aldo. *Il Ruolo del Diritto in Europa: L’Integrazione europea dalla prospettiva del dritto amministrativo.* Milano: FrancoAngeli, 2018.

Schettino, Antonello. “La disciplina sugli aiuti di Stato nel settore sanitario: quali effetti e, soprattutto, quale applicazione” in Adam, Roberto e Antonio Tizzano. *Lineamenti Di Diritto Dell'Unione Europea*. Quarta ed. 129: Torino: G. Giappichelli, 2016.

Serapioni, Mauro e Ana Raquel Matos. “Citizen Participation and Discontent in Three Southern European Health Systems.” *Social Science and Medicine* 123: 226-233: Coimbra, 2014.

Spaventa, Eleanor. “Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship through its Scope” in Kochenov, Dimitry. *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights.* 204-225: Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Taroni, Francesco, e Elio Guzzanti. *Politiche Sanitarie in Italia: Il Futuro Del SSN in Una Prospettiva Storica*. Roma: Il pensiero scientifico, 2011.

Toth, Federico. *La Sanità in Italia*. Bologna: Il Mulino, 2014.

Trattato Sul Funzionamento Dell'Unione Europea C 326/49, 2012.

Tresca, Michela. “L’evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia” in Donatella, Morana. *L’assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

Ventura, Andrea. *Il Flagello Del Neoliberismo: Alla Ricerca Di Una Nuova socialità*. Roma: L'asino d'oro, 2018.

Ventura, Andrea. *La Trappola. Radici Storiche e Culturali Della Crisi Economica*. Roma: L'asino d'oro Edizioni, 2012.

Ventura, Andrea. “Una crisi di civiltà”. in Longobardi Ernesto e David Natali (a cura di). *L’essere Umano e L’Economia.* 41-69: Roma: L’asino d’oro edizioni, 2019.

Vicarelli, Giovanna. *Alle Radici Della Politica Sanitaria in Italia: società e Salute Da Crispi Al Fascismo*. Bologna: Il Mulino, 1997.

Von Hayek, Friedrich A. *La Via Della Schiavitù (or. The Road to Serfdom).* Soveria Mannelli: Rubbettino Editore, 2011.

Vos, Ellen. *Institutional Frameworks of Community Health and Safety Legislation: Committees, Agencies and Private Bodies.* Oxford: Hart Publishing, 1999.

Weiss, Friedl e Clemens Kaupa, *European Union Internal Market Law*. Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2014.

Whish, Richard e David Bailey, *Competition Law*. Ninth ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.