



ANDREA ROVAGNATI

LA PRETESA DI RICEVERE PRESTAZIONI SANITARIE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE
REPUBBLICANO

SOMMARIO: 1. Cenno introduttivo – 2. Quale tutela per la salute? I dubbi della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra – 3. Interpretazioni e trasformazioni dell'art. 32, comma 1, Cost. nei primi trent'anni della storia repubblicana – 4. Il processo di riforma sanitaria davanti alla Corte costituzionale – 5. Attuazione legislativa e amministrativa del diritto alla salute negli anni Ottanta – 6. La garanzia dell'assistenza sanitaria tra giurisdizioni comuni e Corte costituzionale – 7. Verso un nuovo modello di tutela della salute – 8. La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale – 9. L'accesso a prestazioni sanitarie tra organi legislativi, amministrativi, giurisdizionali e Corte costituzionale. Brevi considerazioni conclusive

1. CENNO INTRODUTTIVO

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana sarebbe stato impensabile teorizzare che uno qualsiasi degli enunciati contenuti in quell'atto potesse essere indicato come base giuridica delle pretese dei singoli di ricevere prestazioni sanitarie dagli apparati pubblici. Oggi, invece, giuristi pratici e teorici condividono la tesi secondo la quale richieste di quel tipo sarebbero garantite dalla Legge fondamentale della Repubblica; stando alla concezione prevalente in questo momento nella comunità degli interpreti, più precisamente, le pretese di vedersi somministrate le cure necessarie per prevenire, vincere o stabilizzare le malattie discenderebbero dall'art. 32 Cost., potendosi e dovendosi ricavare da tale disposizione non solo l'obbligo delle istituzioni pubbliche di attivarsi per la tutela di

interessi generali collegati con la salute degli individui, ma anche un “diritto alle prestazioni sanitarie e, quindi, un diritto ad essere curati” di questi ultimi¹.

Com'è noto, il riconoscimento giuridico della dimensione prestazionale del diritto alla tutela della salute non è derivato dall'approvazione di emendamenti al testo originario della Costituzione, ma è conseguito a una profonda e complessa evoluzione che ha caratterizzato l'interpretazione degli enunciati costituzionali indicati oggi come fondamento di quel diritto. Le pagine seguenti ripercorrono alcuni momenti della storia legislativa, giurisprudenziale e dottrinale del secondo dopo guerra, soffermandosi sugli atti normativi, sulle decisioni giudiziarie e sugli scritti teorici che più di altri documentano il realizzarsi dell'evoluzione di cui si è detto, e che meglio di altri consentono di valutare come sia stata considerata realmente nel tempo la pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano.

2. QUALE TUTELA PER LA SALUTE? I DUBBI DELLA GIUSPUBBLICISTICA NELL'IMMEDIATO DOPOGUERRA

Non si sostiene certamente nulla di originale se si afferma che i modi di intendere la portata e il significato delle formule costituzionali alle quali si riconduce la pretesa di ottenere trattamenti finalizzati alla cura della salute sono cambiati, anche notevolmente, nell'arco di poco più di mezzo secolo. Per averne contezza potrebbe essere sufficiente ricordare che, nel periodo in cui si svolsero i lavori dell'Assemblea costituente e in quello immediatamente successivo alla loro conclusione, chiunque avesse parlato di un rapporto giuridico intercedente fra l'individuo e lo Stato in ragione dell'art. 32, comma 1, Cost., come oggi si fa comunemente, avrebbe corso il rischio di essere frainteso o non compreso

¹ Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 522. Analogamente, *ex multis*, Tripodina, Art. 32, in Bartole, Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 325. In giurisprudenza, v. *infra*, par. 6 e 8.



del tutto. Alla cultura giuridica del tempo, infatti, era estranea l'idea stessa che dall'enunciato costituzionale in esame potesse ricavarsi obblighi giuridici per gli apparati pubblici cui corrispondessero situazioni giuridiche soggettive di vantaggio per i cittadini. Piuttosto, i giuristi del secondo dopo guerra si interrogavano sulla natura da riconoscere alle formule enunciative forme d'intervento dello Stato finalizzate alla tutela della salute, essendo presenti e confrontandosi tesi secondo le quali tali formule dovevano considerarsi esprimere concetti meramente politici e tesi che sostenevano che ad esse dovesse riconoscersi anche carattere giuridico, sebbene non in senso pieno². Neppure i propugnatori di queste ultime tesi, in ogni caso, teorizzavano che la Costituzione conferisse ai singoli una pretesa giuridicamente qualificata a un concreto e fattivo intervento degli apparati pubblici nel campo della protezione, assistenza e promozione della salute³.

² Nell'imminenza e all'indomani dell'entrata in vigore della Carta repubblicana, tra chi si orientò per la tesi della valenza giuridica prossima al nulla dell'art. 32 Cost., comma 1, v. Treves, La difesa delle libertà individuali nella Costituzione, in Riv. Dir. Pubbl., 1947, I, 138, che ipotizzò potersi farsi ricorso alla disposizione in commento per l'interpretazione delle leggi in materia, giudicando peraltro che una simile efficacia non avrebbe meritato l'inclusione della disposizione nella Carta fondamentale. Nello stesso senso, Ballardore Pallieri, La nuova Costituzione italiana, Milano, 1948, 58. Assai più numerosi furono i sostenitori della tesi opposta, secondo la quale dall'enunciato "*La Repubblica tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività*" e da quello "*assicura cure gratuite agli indigenti*" avrebbero dovuto trarsi norme giuridiche aventi natura direttiva e programmatica, implicanti cioè un obbligo per il legislatore, che sarebbe stato sfornito di sanzioni giuridiche sino a quando esso non avesse adottato provvedimenti attuativi delle norme medesime, mentre sarebbe stato vincolante dopo tale momento, non potendo il legislatore legiferare in contrasto con tali atti. In tale senso, v. Crisafulli, Costituzione e protezione sociale, in Idem, La Costituzione e le sue disposizioni di principio, Milano, 1952, 129-132, secondo cui il sistema generale protettivo delineato nella Costituzione imponeva sia l'obbligo di adottare leggi di riforma in ambito sanitario, previdenziale e assistenziale (ivi, 25-27), sia l'obbligo di non attenuare le forme di tutela già in essere all'entrata in vigore della Carta fondamentale e quelle adottate successivamente (ivi, 18-19); Lega, Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale, 1952, Roma, 40-44; Lavagna, Basi per uno studio delle figure soggettive contenute nella Costituzione italiana, in Studi Univ. Cagliari, Padova, 1953, 18, il quale, pur avendo teorizzato che il diritto alla salute dovesse essere considerato come "*una semplice situazione raccomandata all'introduzione legislativa di provvidenze a tutela della salute*", aveva poi precisato: "*con la solita conseguenza, però, di trasformare detta situazione in altrettante situazioni garantite, ove le provvidenze siano effettivamente legiferate*".

³ V. però, infra, nota 21.



L'evoluzione che ha interessato l'interpretazione delle disposizioni costituzionali che proclamano l'obbligo dei poteri pubblici di tutelare la salute può essere colta però anche da un altro angolo visuale, se si raffronta cioè il significato sostanziale attribuito a quella disposizione nell'immediato dopo guerra con quello che oggi si ritiene che essa esprima. È invero ragionevole ipotizzare che la più parte di coloro che elaborarono il testo della Costituzione prefigurasse un modello di protezione sanitaria destinato a fondarsi su forme di assistenza mutualistica o assicurativa per i lavoratori conformi a quelle che già esistevano all'epoca in cui l'Assemblea svolse la propria attività, con l'integrazione di forme sussidiarie di assistenza sanitaria pubblica a favore degli indigenti analoghe a quelle previste dalla legislazione allora vigente⁴. Presupporre una simile visione, in effetti, spiegherebbe il tenore delle formulazioni che furono riversate nella Carta costituzionale, la quale da un lato stabilì, all'art. 38, che i lavoratori avessero diritto a che fossero preveduti e assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, dall'altro proclamò la salute come diritto fondamentale degli individui prescrivendo per questa ragione alla Repubblica, all'art. 32, l'obbligo di assicurare cure gratuite a coloro che, trovandosi in condizioni di indigenza materiale, non fossero stati in grado di accedere autonomamente a prestazioni sanitarie necessarie per la tutela della loro salute. L'ipotesi che i costituenti fossero orientati alla visione anzidetta e dunque che i significati originari degli enunciati costituzionali fossero quelli appena ricordati, sembrerebbe trovare indiretta conferma dall'analisi delle interpretazioni di quei medesimi enunciati che, sul finire degli

⁴ All'epoca dei lavori dell'Assemblea costituente, alle spese per l'assistenza medica e farmaceutica dei lavoratori provvedevano questi ultimi direttamente ovvero indirettamente, previa stipulazione di contratti di assicurazione o adesione a mutue o a casse di previdenza. Per i poveri, invece, il T.U. delle leggi sanitarie (R.D. n. 1265/1934) stabiliva la gratuità sia dell'assistenza medico-chirurgica e ostetrica sia della somministrazione dei farmaci, ponendo le relative spese in capo al Comune, che peraltro avrebbero avuto l'obbligo di provvedere solo quando le forme di assistenza suddette non fossero state assicurate altrimenti. Per quanto riguarda le spese di ospedalità per gli indigenti, esse erano state poste a carico dei prossimi congiunti che fossero in grado di sostenerle e, solo in assenza di questi, dei Comuni, dalla L. n. 1580/1931.



anni Quaranta e nei primi anni Cinquanta, furono avanzate dalla dottrina giuspubblicistica. Stando all'opinione della maggioranza degli autori di quel tempo, infatti, per essere conforme alla Costituzione l'azione futura del legislatore sarebbe dovuta essere volta a consolidare e migliorare le esistenti forme di tutela sanitaria, rispettando le logiche delle politiche pubbliche sviluppate nei decenni precedenti e, comunque, svolgendosi in modi commisurati alle possibilità finanziarie dello Stato e della società civile⁵.

3. INTERPRETAZIONI E TRASFORMAZIONI DELL'ART. 32, COMMA 1, COST. NEI PRIMI TRENT'ANNI DELLA STORIA REPUBBLICANA

Se è valida l'ipotesi storica sul modello di tutela della salute consegnato nel testo della Costituzione che si è sopra sommariamente delineata⁶, è d'obbligo allora constatare che

⁵ In dottrina, così, espressamente, La Selva, *La Costituzione della Repubblica italiana. Principi fondamentali e diritti e doveri dei cittadini*, La Spezia, 1949, 218; implicitamente, Falzone, Palermo, Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Roma, 1948, 114, a giudizio dei quali l'ultimo periodo dell'art. 32, comma 1, voleva segnare una direttiva al legislatore per il perfezionamento dell'allora esistente attrezzatura e organizzazione per l'assistenza profilattica e terapeutica ai bisognosi, “*pur rimanendo libera l'assistenza privata (ultimo comma dell'art. 38), e con netta distinzione dalla legislazione sociale (art. 38) per i lavoratori, i quali si [sarebbero precostituiti] da se stessi, col metodo assicurativo o mutualistico, il diritto a un'adeguata assistenza profilattica e terapeutica*”; Lessona, *La tutela della salute pubblica*, in Calamandrei, Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, I, 335, il quale, pur manifestandosi favorevole alla possibilità di ricavare dall'art. 32, comma 1, l'obbligo per il legislatore di “*assicurare un adeguato trattamento in caso di malattia anche a chi [fosse] considerato indigente relativamente all'importanza dei mezzi diagnostici e terapeutici di cui la scienza*” avesse disposto, espresse il convincimento che quella disposizione fosse stata approvata per impegnare la Repubblica unicamente a garantire agli assolutamente indigenti i mezzi necessari a conservare o a ripristinare la propria tutela fisica. *Contra*, Crisafulli, *Costituzione e protezione sociale*, op. cit., 138-141, secondo cui gli artt. 32 e 38 Cost. avevano sì confermato principi vigenti nella preesistente legislazione assistenziale e previdenziale, ma avevano altresì introdotto principi nuovi, in attuazione dei quali gli organi legislativi avrebbero dovuto istituire un sistema di protezione sociale capace di assicurare una completa tutela della integrità fisica e delle esigenze di vita dei cittadini che avessero vissuto del proprio lavoro, in qualsiasi ipotesi di bisogno e sempre attraverso interventi di carattere pubblicistico.

⁶ Autorevoli ricerche storiche sugli sviluppi delle politiche sociali in Italia sono giunte alle medesime conclusioni sostenute nel testo. V. Ferrera, *Modelli di solidarietà. Politiche e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, 1993, 233-246, secondo il quale la ragione ultima del rifiuto dell'assunzione di un

negli anni successivi quel modello fu messo in crisi e poi abbandonato dagli organi titolari della funzione di indirizzo politico, i quali, com'è noto, si orientarono verso un sistema sanitario pubblico fondato sul principio della universalità dell'accesso a un insieme assai ampio di prestazioni sanitarie, al finanziamento del quale si sarebbe dovuto provvedere con la fiscalità generale.

La volontà politica di intraprendere questo nuovo corso, implicante il superamento dell'allora vigente sistema legislativo di tutela della salute, fu formalizzata nella L. n. 685/1967, con la quale si stabilirono le direttive del programma pluriennale da perseguire nel settore sanitario negli anni a venire⁷. Esse furono individuate nell'istituzione di un servizio sanitario nazionale *“finanziato dallo Stato attraverso il contributo dei cittadini in proporzione alla rispettiva capacità contributiva”*, da realizzarsi gradualmente previa *“fusione degli Istituti mutualistici e degli Enti pubblici operanti nel settore della mutualità”*, e nell'ambito del quale *“le prestazioni sanitarie – preventive, curative e riabilitative – [sarebbero dovute essere] estese a tutti i cittadini”*⁸. Il programma delineato nella legge ricordata fu attuato in tempi ben più lunghi di quelli preventivati, mediante l'assunzione di una pluralità di provvedimenti legislativi statali e regionali⁹ e mediante la conseguente

modello di protezione sociale universalistico ad opera dell'Assemblea costituente si sarebbe dovuta individuare nel fatto che tale modello non era *“sorretto da una adeguata coalizione categoriale e/o da uno schieramento politico effettivamente interessati a promuoverlo”* (ivi, 240).

⁷ L'adozione della L. n. 685/1967 diede rilievo giuridico a un processo politico avviato, a livello istituzionale, su impulso del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro. Quest'ultimo, infatti, facendo propri alcuni suggerimenti avanzati dalla Commissione permanente per il lavoro, la previdenza sociale e la cooperazione, istituita in seno ad esso all'inizio del 1960, già nel 1963 aveva raccomandato – tra l'altro – l'estensione della tutela sanitaria a tutti i cittadini, cominciando dall'assistenza ospedaliera, *“attraverso una gestione unica nazionale finanziata dallo Stato”* (v. Osservazioni e proposte sulla riforma della previdenza sociale, Roma, 1963).

⁸ Art. 71, L. n. 685/1967.

⁹ A livello statale, tra le tappe principali del tormentato percorso compiutosi con l'adozione della L. n. 833/1978, quella probabilmente più significativa fu rappresentata dalla adozione della L. n. 132/1968, con la quale si approvò una radicale modifica nell'organizzazione dell'assistenza sanitaria ospedaliera, e non solo. Altrettanto decisiva fu l'adozione del D.L. n. 264/1974, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 386/1974,



creazione di apparati amministrativi ai quali furono affidate funzioni di organizzazione dei servizi sanitari e di erogazione delle prestazioni curative. Superando le difficoltà politiche, istituzionali e finanziarie che avevano rallentato il processo di riforma intrapreso negli anni Sessanta¹⁰, sul finire degli anni Settanta esso fu (apparentemente) concluso con l'istituzione di un servizio sanitario nazionale, definito come il “*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*”¹¹.

Si tratta di vicende conosciute, sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede. Qui, invece, interessa evidenziare che la legge di riforma sanitaria fu intesa dalla classe politica del tempo come un'attuazione necessitata della disposizione costituzionale che impone alla Repubblica di tutelare la salute¹². Detto in altri termini, i principi posti alla base della L. n. 833/1978 esprimevano e, ad un tempo, ambivano a cristallizzare il mutamento profondo che

con il quale si dettarono le 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. Mediante i provvedimenti in esame, infatti, lo Stato attribuì alle Regioni quei compiti di assistenza sanitaria in precedenza svolti da enti mutualistici e casse di previdenza, legittimandole a svolgerli avvalendosi degli enti ospedalieri nonché, previo convenzionamento, di altri soggetti autorizzati a erogare prestazioni sanitarie.

¹⁰ Quanto ai problemi istituzionali, v. Merusi, *Momenti transitori della riforma sanitaria*, Milano, 1976. Quanto alle difficoltà finanziarie, v. Mapelli, Prandi, *Finanziamento, spesa e distribuzione del reddito nel sistema sanitario italiano (1965-1975)*, in *Economia pubblica*, 1979, 109.

¹¹ Come è noto, per il finanziamento di tale sistema di protezione della salute, l'art. 63, L. n. 833/1978 aveva imposto a tutti i cittadini il pagamento di un contributo annuo per l'assistenza di malattia, la cui entità sarebbe dovuta essere determinata dal Ministero della sanità, mentre l'art. 53, comma 4, lett. f), della medesima legge aveva fissato come fine ultimo, da realizzare gradualmente, la completa fiscalizzazione dei contributi stessi.

¹² Un indizio di quanto sostenuto nel testo è dato dall'enunciazione posta in apertura alla L. n. 833/1978, la quale affermò che “*la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale*” (art. 1, comma 1). Esso si aggiunge ai numerosi altri indizi che possono essere tratti dall'analisi della storia politica, legislativa e istituzionale dei dieci anni che precedettero l'adozione di quella legge.

si era realizzato nell'effettivo modo di concepire i compiti in ambito sanitario assegnati ai poteri pubblici dalla Costituzione: tra tali compiti si reputava dovesse ormai essere annoverato quello di provvedere all'organizzazione di un servizio sanitario universale, pubblico, finalizzato all'erogazione obbligatoria e generalizzata di prestazioni sanitarie¹³.

Questa nuova interpretazione dell'art. 32, comma 1, Cost., lontana da quella accolta dai suoi autori originari, trovò conforto nelle tesi della dottrina giuridica coeva, la quale, ora superando ora approfondendo le originarie posizioni dogmatiche, aveva nel frattempo perfezionato nuovi schemi interpretativi del testo costituzionale, i quali si rivelarono idonei a legittimare sviluppi come quelli che ebbero luogo in Italia. Tra gli studiosi, infatti, era divenuta prevalente la tesi secondo la quale nella Carta fondamentale era stato accolto un ampio programma di sviluppo democratico-sociale che il legislatore avrebbe dovuto attuare, altrimenti ponendosi il suo operato al di fuori dell'area della legittimità costituzionale. Nell'ambito di quest'opera di rilettura complessiva della Costituzione, a numerose

¹³ Sembra opportuno chiarire l'impegnativa affermazione fatta nel testo. Con essa non si vuole dire che i protagonisti della vita istituzionale e sociale del tempo in cui si realizzò il processo descritto avessero abbracciato le idee politiche sostenute, più o meno coerentemente, dai partiti e dai movimenti sociali di ispirazione comunista (prima e) dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Certamente, la sensibilità politica del popolo italiano e dei suoi rappresentanti si era andata spostando "a sinistra" nelle legislature successive alla prima, se è vero che, nelle percezioni dei primi anni Sessanta, *"la convergenza tra democristiani e socialisti intorno a un programma riformista appariva come una formula assai promettente per conseguire lo storico obiettivo di un'integrazione pro-sistemica delle masse popolari"* (Ferrera, Modelli di solidarietà, op. cit., 250), e se è vero che, negli anni Settanta, l'istituzione del servizio sanitario nazionale fu favorita dallo storico compromesso tra tutte le forze partitiche rappresentate in Parlamento. Tuttavia, gli sviluppi dell'ordinamento legislativo nel senso anzidetto furono determinati anche da altri ragioni contingenti, non ultime l'interesse dei partiti a mantenere e sviluppare apparati amministrativi costituenti veri e propri bacini elettorali, e la convenienza delle mutue a *"scaricare al fisco gli enormi debiti contratti da ciascuna categoria con gli ospedali"* (Ferrera, op. ult. cit., 260). In questa sede non interessa approfondire questi e altri temi, ma mettere in rilievo che la creazione di un sistema universale di protezione sanitaria, quali ne siano state le cause, fu percepita diffusamente come una misura che sarebbe stata opportuno e necessario prendere e che fu, effettivamente, presa. Considerato retrospettivamente e in una prospettiva costituzionalistica, l'ampio consenso intorno a quella soluzione e la sua adozione possono essere letti come fattori che determinarono un'alterazione del modello di stato sociale sin lì conosciuto, perlomeno sul versante sanitario.

disposizioni pensate per assicurare forme di intervento coerenti con il modello di Stato sociale di diritto originariamente concepito furono attribuiti significati nuovi, tali da escludere una loro lesione ad opera di interventi attuativi di un programma configurato nel senso anzidetto¹⁴. Nuove interpretazioni interessarono, più specificamente, l'art. 32, comma 1, Cost.; si osservò, infatti, che all'articolo in questione dovesse riconoscersi valenza programmatica forte, in ragione del suo ruolo fondamentale nel contesto di un ordinamento che aveva *“posto come somma direttiva della propria azione la protezione e lo sviluppo della personalità dei singoli”*, non solo *“nel senso negativo della sua preservazione da ogni attentato da parte di altri”* ma anche *“in quello positivo dell'esigenza di predisporre le condizioni favorevoli al suo svolgimento”*¹⁵. In merito a questo secondo aspetto, la dottrina prevalente aveva via via teorizzato che l'importanza dell'art. 32, comma 1, Cost. non discendesse tanto dall'aver impresso rilievo costituzionale all'obbligo dello Stato di provvedere alla tutela della salute dei singoli nelle forme conosciute nei decenni precedenti, quanto, e ben di più, dall'aver esteso la portata di tale obbligo, includendovi la predisposizione di un sistema pubblico di erogazione di prestazioni sanitarie¹⁶.

¹⁴ V., con riferimento alle trasformazioni in via interpretativa che hanno interessato l'art. 81 Cost., Bognetti, Costituzione e bilancio dello Stato. Il problema delle spese in deficit. (Note ispirate dalla lettura di un libro di G. Rivosecchi), in www.forumquadernicostituzionali.it, par. III.

¹⁵ Mortati, La tutela della salute nella Costituzione italiana, in Riv. Infort. Mal. Prof., 1961, 1.

¹⁶ Più precisamente, ancora al principio degli anni Sessanta in numerosi scritti era stata accolta esplicitamente o presupposta un'interpretazione degli enunciati costituzionali che impegnano lo Stato a intervenire a tutela della salute in linea con quella abbracciata nei decenni precedenti (in tale senso, v. Lessona, L'ordinamento dell'amministrazione sanitaria italiana fino alle recenti riforme, in Il corriere amministrativo, 1961, 415; Alessi, La funzione sanitaria e le sue caratteristiche, in Il corriere amministrativo, 1961, 429; Pergolesi, Tutela costituzionale della salute, in Il corriere amministrativo, 1961, 991). Nel medesimo periodo, tuttavia, furono pubblicati alcuni primi contributi tendenti a individuare un obbligo costituzionale per il legislatore avente ad oggetto l'istituzione di un sistema pubblico di erogazione di servizi sanitari (v. Mortati, La tutela della salute, op. cit., 1-2). Le adesioni a quest'ultima tesi crebbero in modo considerevole nel volgere di breve tempo (v., ad es., Santaniello, La programmazione nel settore sanitario, in Rass. Amm. San., 1965, 519-520; De Marco, La tutela della salute come diritto soggettivo pubblico, in Rass. Amm. San., 1972, 761-762) sino a diventare prevalenti negli anni Settanta.

4. IL PROCESSO DI RIFORMA SANITARIA DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE

Il processo legislativo di trasformazione del sistema di tutela della salute appena descritto fu sottoposto, in alcune sue parti, all'esame della Corte costituzionale, ossia dell'organo che con la sua prima decisione aveva contribuito in modo decisivo a trasformare in un postulato irrinunciabile e incontrovertibile la tesi dottrinale che la Costituzione repubblicana dovesse considerarsi un testo giuridico in senso tecnico in ogni sua parte¹⁷. L'analisi della giurisprudenza costituzionale degli anni Settanta induce a ritenere che l'operato della Corte aiutò a consolidare le nuove interpretazioni date alle clausole costituzionali dai poteri politici. Discostandosi da quanto pure avevano statuito poco tempo prima¹⁸, infatti, i giudici della Consulta considerarono coerente applicazione dell'art. 32 Cost. l'istituzione di un sistema pubblico di assistenza sanitaria generalizzata¹⁹. Tenuta ferma questa conclusione,

¹⁷ In questo senso, è condivisibile il giudizio espresso da Fioravanti, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in www.astrid-online.it, 4. Ciò detto, è opportuno precisare che tale tesi riuscì a consolidarsi solo dopo qualche tempo, almeno se si deve dare credito al fatto che al principio degli anni Sessanta i manuali di autorevoli studiosi si interrogavano ancora, sia pure fuggacemente, sulla natura e sull'efficacia giuridica delle disposizioni costituzionali enuncianti i diritti sociali. V., ad es., Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1961, 883 (per il quale, pur dovendosi muovere dal riconoscimento che i predetti diritti avrebbero potuto dare vita a pretese azionabili soltanto allorché fossero state create le opportune strutture capaci di soddisfarle, sarebbe stato *“eccessivo contestare il carattere normativo delle disposizioni in parola ed attribuire loro solo valore di raccomandazioni al legislatore”*).

¹⁸ Deve a tale riguardo essere ricordato che nel 1969 i giudici della Consulta avevano sostenuto che il significato proprio dell'art. 32 Cost. fosse quello di impegnare la Repubblica ad assicurare le sole *“cure gratuite agli indigenti privi di qualsiasi altra protezione sanitaria”*, dovendosi ritenere perciò inconferente la sua invocazione per contestare normative che avevano fatto gravare su determinate categorie di lavoratori e datori di lavoro, e non invece su tutta la collettività, l'onere finanziario per l'estensione dell'assistenza di malattia ai pensionati (s. n. 21/1969). Una siffatta disciplina legislativa, sempre a giudizio della Corte, doveva considerarsi avere il suo naturale riferimento unicamente nell'art. 38 Cost.

¹⁹ Sembra indicativo quanto fu scritto nella s. n. 88/1973, riguardante la legge di riforma ospedaliera. Ebbene, in essa la Corte non si limitò ad osservare che la L. n. 132/1968, *“innovando profondamente al preesistente ordinamento dei soggetti ed organi esplicanti attività ospedaliera, [tendeva] a realizzare una riforma di vasta portata di questo fondamentale settore dell'assistenza sanitaria”*, ma ben più significativamente affermò che *“[l]’istituzione degli enti ospedalieri e la loro organizzazione su basi democratiche, in stretto collegamento con le collettività locali direttamente interessate alla loro azione, si*



occorre peraltro aggiungere che il sostegno della Corte al processo che si stava compiendo in quegli anni fu prevalentemente di tipo “esterno”. La Corte, infatti, si astenne dall’accelerarne lo svolgimento, evitando di emettere pronunce di incostituzionalità in quei rari casi nei quali fu investita di questioni di legittimità costituzionale concernenti leggi non pienamente coerenti (per difetto) con i nuovi principi ricavati dall’art. 32, comma 1, Cost.²⁰, e avendo cura invece, in generale, di salvaguardare il potere del legislatore di scegliere tempi e modi nei quali procedere alla loro attuazione.

Passando a un diverso ordine di considerazioni, si può poi osservare che durante il periodo in esame la Corte costituzionale non si pronunciò – né invero le fu chiesto di pronunciarsi – sul problema assai complesso e delicato, con il quale la dottrina si era confrontata sin lì con estrema circospezione, della possibilità di individuare direttamente

[configuravano] *come strumenti e condizioni necessarie per realizzare, su piano nazionale e secondo linee direttrici che non [potevano] non essere unitarie, un nuovo sistema di assistenza ospedaliera generalizzata, che [trascendesse] gli angusti schemi dell’assistenza ai poveri e della pubblica beneficenza, dando parziale attuazione al principio del primo comma dell’art. 32 della Costituzione”.*

²⁰ Un caso emblematico di appoggio “esterno” dato dalla Corte al processo politico e legislativo di ripensamento e di attuazione del nuovo sistema di protezione della salute allora in atto è costituito dalla s. n. 112/1975, con la quale la Corte respinse le censure avanzate nei confronti della norma che autorizzava le Amministrazioni degli ospedali, dei comuni e dei manicomi alla rivalsa per le spese di ospedalità nei confronti del ricoverato, quale debitore principale, ovvero dei suoi eredi legittimi o testamentari, se deceduto, o infine dei suoi congiunti, nel caso in cui il ricoverato od i suoi eredi non fossero stati in condizione di effettuare il rimborso. La Corte confermò e consolidò l’interpretazione delle disposizioni costituzionali rilevanti in tema di tutela della salute propugnata agli inizi degli anni Settanta, affermando che i “*principi degli artt. 32 e 38 Cost., nella parte in cui hanno contenuto innovativo rispetto alla preesistente disciplina della materia cui si riferiscono, sono [...] norme di legislazione, che prefissano alla legge futura l’obiettivo di soddisfare certi bisogni di fatto emergenti nella vita associativa, mediante la prestazione di determinati servizi*”. Ciò ribadito, essa precisò che tali principi postulavano “*per questa loro natura, l’introduzione delle necessarie riforme con la relativa provvista dei mezzi finanziari, senza precisarne le modalità*”, per concludere che “*la parziale inadeguatezza, rispetto ai fini costituzionalmente stabiliti, del sistema per l’innanzi disposto dalla legge n. 1580 del 1931*” non avrebbe potuto “*essere ragione sufficiente per dichiararne la illegittimità, dal momento che detto sistema non contrasta[va] né con il principio della gratuità dell’assistenza ospedaliera (che certamente [era] assicurata, limitatamente almeno al soggetto assistito), né con quello dell’intervento pubblicistico (che ricorre[va] del pari, anche se in linea sussidiaria ed eventuale, allorché nessuno dei congiunti [fosse] in grado di sostenere l’onere del rimborso totale o parziale)*”.

nella Costituzione il fondamento di una situazione giuridica soggettiva consistente nella pretesa di ricevere le prestazioni sanitarie necessarie per la cura della salute da parte di apparati pubblici²¹. È tuttavia plausibile ritenere che in quegli anni i giudici della Consulta non fossero inclini a riconoscere ai singoli un diritto o un interesse legittimo di quella natura. L'analisi della giurisprudenza costituzionale induce a pensare piuttosto che secondo la Corte la tutela della salute dipendesse, nella sua consistenza e anche nella sua effettiva esistenza, dalle scelte compiute dagli organi legislativi e amministrativi²².

²¹ Come è noto, dopo l'approvazione della Costituzione repubblicana la dottrina si era orientata nel senso di escludere che l'enunciazione costituzionale della salute come diritto fondamentale dell'individuo dovesse essere intesa in senso tecnico (v., ad es., Lega, *Il diritto alla salute*, op. cit., 40-44). Sin dal principio, peraltro, furono compiuti diversi tentativi volti a identificare situazioni giuridiche soggettive fondabili direttamente nell'art. 32, comma 1, Cost., i quali portarono alla teorizzazione dell'esistenza di interessi legittimi garantiti dalla giurisdizione costituzionale, destinati a trasformarsi in diritti soggettivi solo dopo l'intervento del legislatore ordinario (in tale senso, v. Crisafulli, *Costituzione e protezione sociale*, op. cit., 135-136, nota 21). Quest'ultima ricostruzione fu sviluppata dalla dottrina giuspubblicistica nel senso che le prestazioni sanitarie dovessero essere intese come oggetto di diritti soggettivi pubblici, dipendenti nei loro contenuti dalle scelte compiute dal legislatore, al quale si sarebbe dovuto riconoscere il potere di provvedere al bilanciamento dell'interesse individuale alla salute con gli altri interessi coinvolti dalla predisposizione di un'organizzazione finalizzata alla erogazione delle prestazioni stesse (v., in tale senso, Biscaretti di Ruffia, *Diritti sociali*, in *Nss. Dig. It.*, V, 1960, 759). Non mancarono, peraltro, tentativi (spesso solo abbozzati) volti a superare l'anzidetta impostazione, che finiva per riconoscere natura relativa al diritto alla salute. In un celebre contributo di Mortati, ad es., fu teorizzato che le disposizioni della Carta repubblicana in materia di tutela della salute avessero assunto carattere specifico e innovativo "*per il riconoscimento a favore dei singoli cittadini, come tali, di una pretesa agli interventi ed alle prestazioni sanitarie statali rivolte a prevenire o curare fatti suscettibili di compromettere la loro sanità*". In quel medesimo contributo, tuttavia, Mortati rinunciò "*all'esame della natura giuridica da attribuire a detta pretesa*" (Mortati, *La tutela della salute*, op. cit., 1-2). Negli anni immediatamente precedenti l'approvazione del piano pluriennale di sviluppo così come in quelli immediatamente successivi, la dottrina continuò a domandarsi se fosse possibile ricavare dall'art. 32, comma 1, Cost. un diritto soggettivo perfetto che i singoli avrebbero potuto fare valere nei confronti degli apparati pubblici, indipendentemente da quanto previsto dalla legge e predisposto dall'amministrazione in conformità ad essa. L'orientamento prevalente fu, anche allora, negativo. V., ad es., Cereti, *Diritto costituzionale italiano*, Torino, 1971, 211. *Contra*, anche se limitatamente all'enunciato secondo cui la Repubblica "*assicura cure gratuite agli indigenti*", Carlassarre, *L'art. 32 e il suo significato, in L'amministrazione sanitaria. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, 114.

²² V., ad es., la s. n. 103/1977, nella quale la Corte osservò che "[in] attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute, consacrata come fondamentale diritto dell'individuo dall'art. 32 della Costituzione (sentenze n. 21 del 1964 e n. 149 del 1969), l'infermo assurge, nella novella



Si deve peraltro osservare che questa concezione, orientata a individuare nella legge il fondamento e i limiti delle pretese a ottenere dal servizio sanitario pubblico prestazioni sanitarie, non era affatto svalutativa del nuovo significato che gli enunciati costituzionali erano andati assumendo. Essa nacque e si consolidò esattamente per la ragione opposta: agli occhi degli operatori autoritativi dell'ordinamento (e più in generale di tutti coloro che la fecero propria), infatti, l'idea che spettasse alla legge stabilire le forme nelle quali organizzare il sistema sanitario e quella, correlata, che i singoli avessero diritto di accedere ai servizi da esso resi nei limiti previsti dalla legge stessa e in quelli discendenti dalle determinazioni della pubblica amministrazione, facevano tutt'uno con l'idea che l'art. 32, comma 1, Cost. imponesse agli apparati pubblici di assicurare un'assistenza sanitaria pubblica necessariamente sempre più ampia, in senso soggettivo e oggettivo. Ciò, non a caso, era precisamente quanto la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale si riprometteva di fare²³.

concezione dell'assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno e incondizionato diritto, e che gli vien reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati, e che in ciò trovano la loro stessa ragion d'essere". In questo passaggio della decisione la Corte considerò la nuova disciplina legislativa dell'assistenza ospedaliera, che aveva trasformato il malato in un utente di un servizio pubblico, attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute più che espressione del diritto fondamentale degli individui alla tutela della salute stessa.

²³ Pare significativo che in uno dei primi commenti alla L. n. 833/1978 si descrisse nei seguenti termini il nuovo rapporto tra Stato e individuo che essa aveva contribuito a instaurato: “[g]li individui non sono [...] più il punto di riferimento oggettivo e passivo, di una normativa diretta a investire la Pubblica amministrazione di una serie di competenze istituzionali e organizzative, ma assumono la posizione attiva di titolari di un diritto soggettivo a pretendere, in difesa della loro salute, una serie di servizi delle strutture amministrative all'uopo costituite” (Busnelli, Note introduttive. Legge 23 dicembre 1978, n. 833 Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, in NLCC, 1979, 1190).



5. ATTUAZIONE LEGISLATIVA E AMMINISTRATIVA DEL DIRITTO ALLA SALUTE NEGLI ANNI OTTANTA

In seguito all'istituzione del servizio sanitario nazionale, gli organi legislativi e amministrativi si impegnarono a dare attuazione ai principi fortemente indeterminati e generali stabiliti nella L. n. 833/1978. Essi, tuttavia, lo fecero seguendo linee direttrici in parte diverse da quelle che erano state indicate in quel testo normativo. In questa sede non è certo possibile dare conto della miriade di provvedimenti rilevanti per il settore sanitario che furono adottati sino all'adozione del D.Lgs. n. 502/1992, e probabilmente non è neppure necessario. Per documentare l'ambigua attuazione legislativa e amministrativa del disegno originale possono essere sufficienti alcune esemplificazioni.

Quando entrò in vigore la legge di riforma esistevano regimi di assistenza sanitaria diversificati, che somministravano ai mutuatati prestazioni diverse e/o prestazioni uguali in misure diverse²⁴. La L. n. 833/1978 aveva previsto che l'unificazione delle prestazioni sanitarie già erogate dai disciolti enti mutualistici, dalle mutue aziendali e dagli enti, casse, servizi e gestioni autonome degli enti previdenziali, e la loro erogazione generalizzata da parte del servizio sanitario nazionale dovessero avvenire gradualmente, sulla base delle indicazioni contenute in un piano nazionale predisposto dal Governo in conformità agli obiettivi della programmazione socio-economica nazionale²⁵. Già sul finire degli anni Settanta il Governo unificò e uniformò le prestazioni sanitarie²⁶, tuttavia senza avere adottato previamente il piano nazionale che avrebbe dovuto fissare i livelli delle stesse da garantire a tutti i cittadini e identificare gli strumenti per assicurare la copertura dei relativi

²⁴ Per una loro descrizione dei diversi regimi, v. Chiappelli, Guida attuale dell'assistenza di malattia, Milano, 1978, 161.

²⁵ Su tale scelta, legata alla preoccupazione di contenere l'onere finanziario a carico del servizio sanitario nazionale, v. Ferrari, Sub art. 57, in AA.VV., Il servizio sanitario, op. cit., 574-576.

²⁶ Art. 5, D.L. n. 663/1979, convertito nella L. n. 33/1980.



costi²⁷. Per effetto di quella scelta, da un lato fu riconosciuto a tutti il diritto di accedere gratuitamente in modo eguale al medesimo, ampio insieme di prestazioni sanitarie; dall'altro lato fu mantenuto in vigore un sistema di finanziamento della spesa sanitaria fondato sulla partecipazione dello Stato e sul pagamento di contributi da parte degli utenti, la diversa entità dei quali fu determinata in ragione non della diversa capacità reddituale dei contribuenti ma del regime mutualistico al quale essi appartenevano prima della riforma²⁸. Al principio degli anni Ottanta, comunque, il legislatore cercò di attenuare la scelta appena compiuta, introducendo misure di compartecipazione alla spesa per l'accesso ai servizi sanitari²⁹.

²⁷ La mancata adozione di una programmazione sanitaria e il contestuale riconoscimento di un diritto generalizzato alle prestazioni sanitarie determinarono un gravissimo deficit finanziario nel comparto sanitario nei primi anni Ottanta. Va peraltro osservato che, a giudizio di autorevoli studiosi del settore, la ragione del dissesto era riconducibile non tanto alla mancata adozione degli strumenti programmatici previsti dalla L. n. 833/1978, quanto alla scelta contraddittoria insita in un sistema come quello istituito dalla medesima legge, che aveva previsto, da un lato, un diritto generalizzato e senza limiti alle prestazioni (comportante *“come conseguenza inevitabile l'imprevedibilità della spesa e la formazione progressiva dei costi sulla base non di un programma, ma dell'andamento delle richieste di prestazioni”*), dall'altro un finanziamento centralizzato del servizio che gravava sul bilancio dello Stato (che invece presupponeva *“una predeterminazione dei costi e un conseguente programma di erogazione rapportato al costo previsto”*): *“[c]ombinando assieme finanziamento per erogazione esterna predeterminata e diritto generalizzato alle prestazioni”*, fu detto, *“non può che formarsi un deficit imprevedibile a carico dell'ente erogatore del servizio, ripianabile ex post dal finanziatore esterno”*). V. Merusi, I servizi pubblici negli anni '80, AA.VV., Il diritto amministrativo degli anni '80, Milano, 1987, 147-148.

²⁸ Oltre che foriera di gravi disavanzi nei conti pubblici, la raggiunta universalizzazione del servizio sanitario determinava anche notevoli sperequazioni tra i contribuenti. Interpellata in diverse occasioni sulla compatibilità con la Costituzione delle scelte legislative con le quali si erano mantenute in vita misure contributive differenziate per le diverse categorie di lavoratori, la Corte costituzionale si esprime in modo costante per la loro non incostituzionalità. V. s. 167/1986; s. 431/1987; s. n. 256/1992.

²⁹ V. D.L. n. 250/1981 (per l'assistenza farmaceutica); D.L. n. 398/1981 (per l'assistenza medico-specialistica); D.L. n. 399/1981 (per l'assistenza farmaceutica); D.L. n. 538/1981 (per l'assistenza farmaceutica); D.L. n. 678/1981, convertito dalla L. n. 12/1982, che fece salvi gli atti e i provvedimenti adottati e i rapporti giuridici sorti sulla base dei predetti decreti legge, che non erano stati convertiti entro il termine previsto dall'art. 77 Cost. Per una valutazione critica delle forme di controllo dell'eccesso di domanda sanitaria che furono poi effettivamente adottate con i provvedimenti anzidetti, v. Bariletti, Forme di razionamento per il controllo della spesa sanitaria, in *Economia pubblica*, 1981, 43.

La mancanza del piano sanitario nazionale e dei piani regionali, che al primo avrebbero dovuto correlarsi, perdurò anche negli anni successivi³⁰. Questo fatto favorì la trasformazione del sistema di gestione dei servizi sanitari delineato dalla legge di riforma del 1978. È noto che quest'ultima non solo aveva identificato nelle istituzioni facenti parte del servizio sanitario i soggetti che ordinariamente³¹ avrebbero dovuto erogare le prestazioni sanitarie per conto del servizio sanitario stesso³², ma tra queste pareva avere accordato una preferenza di principio per le strutture pubbliche³³. Se questa era l'impostazione originale della L. n. 833/1978, va ricordato che, per il convergere di indirizzi prevalsi in sede amministrativa e di orientamenti giurisprudenziali, favoriti indubbiamente anche dalla mancata adozione dei previsti strumenti di programmazione, in breve diventò ordinaria la gestione del servizio pubblico sanitario avvalendosi di soggetti privati convenzionati con il medesimo³⁴.

Per cercare di ovviare ai problemi organizzativi ed economici determinati da questo stato di cose, alla programmazione dei servizi sanitari e alla individuazione degli strumenti

³⁰ Sul finire degli anni Ottanta, preso atto della propria incapacità di approvare il piano sanitario, il Parlamento stabilì che dovesse essere il Ministro della sanità ad individuare con proprio decreto l'elenco delle prestazioni erogabili a carico del servizio sanitario nazionale (art. 19, L. n. 67/1988).

³¹ Fu prevista la possibilità per gli utenti di ricorrere, con spese a carico delle USL, a prestazioni di strutture esterne a quelle operanti nei territori di loro competenza, così come fu prevista la possibilità di accedere a forme di assistenza indiretta. Tuttavia, la relativa disciplina non fu dettata nella legge di riforma ma rinviata alle determinazioni che sarebbero state assunte dai legislatori regionali.

³² Era stata prevista un'eccezione a quel principio per l'assistenza medico-generica e per quella pediatrica, che sarebbero dovute essere prestate dal personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle USL o nel comune di residenza.

³³ Ciò era vero esplicitamente per le prestazioni specialistiche e per quelle di diagnostica strumentale, che di norma dovevano essere erogate dalle USL. La dottrina, tuttavia, ha ipotizzato che la volontà di coloro che architettarono e votarono la normativa che istituì il servizio sanitario nazionale, fosse quella di creare un servizio normalmente pubblico. V. Ferrari, Sub art. 25, in AA.VV., Il servizio sanitario nazionale, Milano, 1979, 285; Mazzaroli, Problemi e prospettive della riforma sanitaria, in Sanità pubblica, 1981, 1101-1102; Trimarchi Banfi, Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazioni e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria, Milano, 1990, passim.

³⁴ Trimarchi Banfi, op. ult. cit., 108.



attraverso i quali provvedere al loro finanziamento si procedette con la contrattazione collettiva con le categorie degli operatori convenzionati, con la decretazione d'urgenza e con le leggi finanziarie³⁵. Gli organi titolari della funzione di indirizzo politico, in particolare, mossi probabilmente dalla necessità di tenere sotto controllo l'erogazione delle prestazioni più che dalla volontà di rafforzare la dimensione pubblicistica del servizio, subordinarono al rilascio di apposite autorizzazioni l'accesso alle strutture private convenzionate³⁶ e alle strutture esterne al servizio sanitario³⁷.

Numerosi sono stati i tentativi di spiegare le ragioni per le quali gli organi legislativi e quelli amministrativi, pochissimo tempo dopo la conclusione del lungo processo che aveva portato alla istituzione di un servizio sanitario nazionale pubblico, assunsero orientamenti fondati su logiche in parte diverse da quelle accolte nella L. n. 833/1978³⁸. Più e prima che

³⁵ In tema, Buratti, *Il servizio sanitario nazionale fra decentramento istituzionale e controllo centrale della spesa*, in *Diritto e società*, 1986, 107.

³⁶ All'inizio del decennio, fu siglato un accordo collettivo nazionale con il quale fu stabilita la completa equiparazione, per quanto riguarda le prestazioni medico-specialistiche, tra strutture pubbliche e strutture private convenzionate, accompagnata però dalla previsione che l'utente potesse essere autorizzato ad accedere alle seconde per le prestazioni *“per le quali, nel termine di tre giorni, le strutture pubbliche non [fossero] in grado di soddisfare la richiesta di accesso alle prestazioni stesse”*. Tale previsione fu successivamente confermata da diversi provvedimenti aventi forza di legge (D.L. n. 252/1981, D.L. n. 398/1981, D.L. n. 678/1981, convertito dalla L. n. 12/1982).

³⁷ In un primo momento, il legislatore statale si limitò a prevedere (art. 5, comma 1, D.L. n. 663/1979, inserito dalla L. n. 33/1980 di conversione dello stesso) da un lato che fosse *“consentito il ricorso all'assistenza ospedaliera indiretta, secondo le modalità e i limiti stabili dalle vigenti regionali”*, dall'altro che le leggi regionali prevedessero *“eventuali forme di assistenza specialistica indiretta”*. Successivamente esso tornò sulla materia: dapprima con una serie di decreti leggi non convertiti e ripresentati, e poi con la L. n. 595/1985. In quest'ultimo provvedimento fu confermato innanzitutto il principio per cui *“le prestazioni sanitarie [dovessero essere] erogate, di norma, in forma diretta attraverso le strutture pubbliche o convenzionate”*. Ribadita poi la competenza delle Regioni in punto di determinazione della disciplina dell'assistenza indiretta, si fissò il principio secondo cui tale disciplina potesse essere ammessa per le prestazioni sanitarie *“nel caso in cui le strutture pubbliche o convenzionate [fossero] nella impossibilità di erogarle tempestivamente in forma diretta”*, precisandosi che il concorso nella spesa non potesse, comunque, superare il limite massimo della tariffa presente per la medesima prestazione dalle convenzioni vigenti (art. 3, comma 4).

³⁸ V. Ferrera, *Il welfare state in Italia. Sviluppo e crisi in prospettiva comparata*, Bologna, 1984.



interrogarsi sulle cause, tuttavia, qui interessa evidenziare l'esistenza stessa del fenomeno. Che fosse dovuto a un ripensamento sulla validità del modello teorico di servizio sanitario appena istituito; alla incapacità della classe politica di resistere alle pressioni delle organizzazioni sindacali e dei gruppi di interesse; alla assenza di apparati pubblici capaci di azione autonoma, efficiente ed efficace, ispirata ai principi di razionalità e adeguatamente riparati da indebite sollecitazioni provenienti dall'esterno; alla necessità di fare fronte a una spesa sanitaria in continuo, incontrollato aumento in un momento storico caratterizzato da una situazione economico-finanziaria assai critica; ad altro ancora, è comunque certo che gli operatori autoritativi del tempo assunsero provvedimenti che erano espressione di un modo di intendere il diritto alla tutela della salute sancito nell'art. 32, comma 1, Cost. non corrispondente a quello pensato negli anni precedenti³⁹.

Gli sviluppi anzidetti furono oggetto di critiche penetranti da parte della dottrina costituzionalistica, che vide in essi – a ragione – i segni della crisi dello Stato sociale di diritto che era stato teorizzato negli anni Sessanta e Settanta e che sembrava essersi concretamente affermato tramite i numerosi provvedimenti che avevano portato alla riforma del sistema sanitario⁴⁰. A difesa del modello fissato dalla L. n. 833/1978, già nei primi anni

³⁹ Una concezione che, come si è cercato di descrivere, aveva portato a un'evoluzione dell'ordinamento sanitario tale da portare ad affermare, agli inizi degli anni Ottanta, che nell'Italia repubblicana *“i diritti sociali, nati come diritti dei pochi e dei molti, ma non come diritti di tutti, sono diventati diritti di tutti”* (Corso, I diritti sociali nella Costituzione italiana, in Riv. trim. dir. pub., 1981, 781).

⁴⁰ Occorre peraltro prendere atto che in quegli anni non mancarono anche contributi di critica a quelle teorizzazioni. V. Caianiello, Limiti delle prestazioni idrotermali nel quadro del diritto alla salute e del diritto di scelta del cittadino, in Sanità pubblica, 1985, 133, secondo il quale *“con un notevole grado di certezza”* si poteva sostenere che *“i limiti ed i contenuti delle provvidenze”* previste nella legge di riforma del 1978 fossero *“il frutto di una libera scelta del legislatore e non già l'autorizzazione obbligata di un precetto costituzionale”*. V., altresì, Corso, I diritti sociali, op. cit., 783, che, ponendosi di fronte alla *“tendenza a rivestire i bisogni, le ispirazioni e le pretese a beni e servizi pubblici e privati del guscio del diritto sociale, e più generalmente del guscio del diritto soggettivo”*, ne colse i riflessi politici nei seguenti termini: *“[s]e i singoli beni, servizi o prestazioni vengono considerati oggettivamente, emerge immediatamente la loro correlazione con la totalità (di beni, servizi e prestazioni) di cui la collettività dispone o è in grado di disporre: ne scaturisce un limite che è segnato dalla proporzione tra le parti e il tutto, e che è inerente ad*

Ottanta apparvero alcuni scritti recanti approfondite risposte al quesito se fossero configurabili limiti di natura costituzionale da opporre sia a provvedimenti legislativi restrittivi delle prestazioni sanitarie erogabili con oneri a carico degli apparati pubblici ovvero limitativi delle condizioni di accesso alle medesime, sia a provvedimenti legislativi modificativi delle forme organizzative nelle quali la legislazione aveva stabilito che tali prestazioni dovessero essere erogate. Quanto ai primi, si sostenne che essi fossero ricavabili dalla previsione secondo la quale la Repubblica “garantisce cure gratuite agli indigenti”, con la precisazione che l’avvenuta parziale attuazione legislativa di tale disposizione avrebbe dovuto costituire un minimo che lo Stato non avrebbe più potuto sottrarre⁴¹. Quanto ai modi di organizzazione del servizio pubblico, le conclusioni della dottrina furono più contrastate: da parte di alcuni si prospettò ora che il realizzato intervento delle amministrazioni pubbliche in sede di erogazione delle prestazioni fosse irretrattabile in ragione dell’esistenza di una legge di stretta attuazione del dettato costituzionale⁴², ora che esso fosse implicato dalle disposizioni della Costituzione⁴³; da parte di altri, all’opposto, si escluse che la Carta fondamentale offrisse indicazioni al riguardo, con ciò accettando e legittimando il processo di trasformazione sopra accennato⁴⁴.

una prospettiva di giustizia distributiva. Se gli stessi beni, servizi e prestazioni vengono reclamati, sempre e in ogni caso, come oggetto di diritti, si verifica una radicalizzazione e una assolutizzazione delle domande. Ai poteri pubblici riesce sempre più difficile contemperare, graduare, dosare, limitare, respingere tali domande in base ad un criterio di giustizia, nella ripartizione di beni finiti”.

⁴¹ Caravita, La disciplina costituzionale della salute, in *Diritto e società*, 1984, 49, secondo il quale peraltro sarebbe restato aperto “*un ambito di valutazione discrezionale per l’interpretazione dell’indigenza*”, che non avrebbe potuto non essere intesa “*anche come indigenza relativa, cioè da valutarsi in relazione al singolo, particolarmente difficile intervento e dei diversi costi sociali*”, con la conseguenza che il concetto da utilizzare sarebbe dovuto essere “*quello del medicalmente bisognoso, e non quello del povero o dell’indigente, secondo criteri meramente economici*”.

⁴² Caravita, op. ult. cit., 50-51, sia pure dubitativamente.

⁴³ Caravita, op. ult. cit., 52.

⁴⁴ V. Caianiello, Limiti delle prestazioni idrotermali, op. cit., 138, secondo cui, “*il servizio sanitario nazionale, come istituito dalla l. 23 dicembre 1978, n. 833, non [poteva] essere considerato un sistema di assistenza irreversibile, perché esso, non costituendo adempimento di precisi precetti costituzionali, [poteva]*

6. LA GARANZIA DELL'ASSISTENZA SANITARIA TRA GIURISDIZIONI COMUNI E CORTE COSTITUZIONALE

Mentre diventava meno esteso e convinto il sostegno della classe politica all'idea che la Costituzione imponesse alle istituzioni repubblicane di farsi carico di un sistema pubblico volto a dare una tutela sanitaria necessariamente sempre più ampia⁴⁵, quella medesima idea fu invece confermata e consolidata – sia pure parzialmente – dall'opera del potere giudiziario. Ciò avvenne non per l'affermarsi di ideologie giurisprudenziali nuove rispetto al decennio precedente, ma per rimbalzo, in virtù dell'intervenuto cambiamento del contesto ordinamentale e istituzionale nel quale i giudici si trovarono ad esercitare poteri da essi tradizionalmente usati per la soluzione di casi aventi ad oggetto provvedimenti della pubblica amministrazione.

A questo proposito conviene ricordare innanzitutto che, durante gli anni Ottanta, la giurisprudenza comune, sotto la guida della Cassazione, aveva continuato a qualificare i rapporti intercorrenti tra gli utenti e il servizio sanitario sulla base delle indicazioni provenienti dalla legislazione: quando la legislazione aveva stabilito tutti gli elementi della fattispecie senza lasciare all'amministrazione alcun margine di discrezionalità in sede di attuazione, allora la pretesa del titolare del bene giuridico tutelato dalla legge stessa era

venire meno senza per questo determinare una lacuna in contrasto con la Costituzione". Ciò detto, l'A. osservò che in ogni caso *"un intervento (contro)-riformatore del legislatore ordinario non [avrebbe potuto] spingersi al punto da sottrarre la mano pubblica al vincolo imposto dalla Costituzione di tutela della salute – non solo come diritto dell'individuo ma anche – come interesse della collettività"*, imponendo quest'ultimo principio la *"adozione di misure idonee, compatibili con le risorse del Paese per consentire agli individui di accedere alle strutture sanitarie"*.

⁴⁵ Il processo di ripensamento del ruolo dello Stato in ambito sanitario ad opera della classe politica continuò anche nella seconda metà degli anni Ottanta. V., ad esempio, Andreatta, Stato del benessere. Interventi statali e servizi sociali, in *Il diritto dell'economia*, 1988, 85.

configurata come diritto soggettivo⁴⁶; quando invece la legge attribuiva agli apparati pubblici un potere discrezionale in relazione a qualche elemento della fattispecie, allora la pretesa del singolo era qualificata come interesse legittimo⁴⁷. Nell'una e nell'altra ipotesi, in ogni caso, l'esistenza e la consistenza della pretesa erano considerate dipendenti dalle scelte compiute dal legislatore in prima battuta, e da quelle degli apparati amministrativi in seconda battuta⁴⁸.

Stando solo agli indirizzi giurisprudenziali anzidetti, si potrebbe essere portati a pensare che, nel periodo in esame, il diritto alla salute fosse pensato e agito dagli organi giurisdizionali esclusivamente come diritto avente il suo fondamento e i suoi limiti nella

⁴⁶ La qualificazione come diritto soggettivo della situazione giuridica dell'utente nei confronti del servizio sanitario aveva come conseguenza processuale che le relative controversie fossero attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 442 c.p.c., che fu inteso dalla giurisprudenza dell'epoca in esame avere devoluto a tale giurisdizione le controversie aventi ad oggetto prestazioni relative all'assistenza sanitaria resa dal servizio sanitario nazionale.

⁴⁷ La qualificazione come interesse legittimo della situazione giuridica dell'utente nei confronti del servizio sanitario aveva come conseguenza processuale che le relative controversie fossero devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. Questo era il caso, ad esempio, delle controversie aventi ad oggetto gli accordi collettivi nazionali che avevano subordinato all'autorizzazione preventiva della USL l'accesso dell'utente alle strutture e ai professionisti convenzionati con il servizio sanitario. La Suprema corte, considerando tali accordi conformi sul punto ai principi posti nella legislazione, esclude costantemente che essi incidessero sulle posizioni soggettive degli interessati (da qualificarsi come interesse legittimo e non come diritto soggettivo alla libera scelta tra i soggetti agenti in nome e per conto del servizio sanitario) e, correlativamente, sulle posizioni soggettive delle strutture e dei professionisti convenzionati (consistenti anche esse in un interesse legittimo al corretto esercizio del potere autorizzatorio da parte della USL). In tale senso v., *ex multis*, Cass., SS.UU., s. n. 3474/1982. Questo era il caso, altresì, delle controversie aventi ad oggetto il provvedimento di mancata accettazione della scelta del medico di fiducia tra quelli abilitati all'esercizio delle professioni, ma fuori dall'elenco dei professionisti convenzionati con il servizio sanitario. Ciò in quanto, secondo la Corte di cassazione, nella disciplina della L. n. 833/1978 la scelta suddetta integrava un diritto soggettivo solo se riferita ai medici dipendenti delle USL e a quelli convenzionati, residuando in caso contrario soltanto una posizione avente natura e consistenza di mero interesse legittimo ad una corretta organizzazione del servizio pubblico dell'assistenza sanitaria. In tale senso v., *ex multis*, Cass., SS.UU., s. n. 6120/1982.

⁴⁸ La visione giurisprudenziale della portata dell'art. 32 Cost. alla quale si è fatto riferimento nel testo, trova conferma nelle pagine scritte dal Presidente del TAR Lombardia per una nota rivista scientifica nei primi anni Ottanta. V. Vaiano, Per uno studio sulla tutela costituzionale della salute, in *Sanità pubblica*, 1983, 579-581.

disciplina prevista dagli organi legislativi così come attuata dagli organi amministrativi. Una simile valutazione troverebbe conforto nel fatto che i giudici riconoscevano che ai primi spettasse la competenza a individuare tempi e modi per la concretizzazione dei principi stabiliti in Costituzione, salvo il controllo successivo esercitabile dalla Corte costituzionale; e che ai secondi spettasse, nei limiti stabiliti dalla legge, il potere di provvedere all'organizzazione del sistema sanitario, salvo il sindacato degli organi giurisdizionali sul corretto esercizio di tale potere.

In realtà, il quadro giurisprudenziale dell'epoca era più complesso. Durante gli anni Ottanta, infatti, i giudici ordinari diedero seguito anche a un altro orientamento che si era consolidato prima dell'avvio del processo di riforma del sistema sanitario; un orientamento tendente a ricavare dalla stessa Costituzione un limite al potere di individuazione delle prestazioni sanitarie erogabili che la legge aveva conferito ad apparati pubblici. Il riferimento è alle numerose decisioni rese dagli anni Sessanta in poi nelle quali fu affermato che tali apparati non potessero negare ai propri assistiti la somministrazione di un medicinale solo perché esso non fosse stato contemplato nel prontuario per l'assistenza farmaceutica da essi stessi predisposto⁴⁹. Secondo i giudici, infatti, i provvedimenti di istituzione e revisione periodica del prontuario avrebbero dovuto essere considerati avere natura di atti amministrativi di mero accertamento tecnico, essendo volti a mettere in essere criteri uniformi circa la pratica attuazione di una assistenza che la Costituzione stessa aveva configurato (nell'art. 38 Cost.) come oggetto di un diritto degli assistiti. Di conseguenza, quella giurisprudenza aveva considerato operante il principio secondo cui il medicinale non incluso nel prontuario doveva essere rimborsato qualora fossero ricorse le seguenti due condizioni: la sua indispensabilità per un'adeguata efficacia curativa della malattia

⁴⁹ V. Cass., s. n. 570/1960, sulla quale Persiani, Il diritto dei soggetti protetti dall'INAM ad una assistenza sanitaria adeguata, in *Giur. cost.*, 1960, 1016. Per la giurisprudenza successiva, v. Ferrari, I servizi sociali. Vol. I. Introduzione, materiali e coordinate, Milano, 1986, 44.



denunciata dall'assistito, e la insostituibilità di quel preparato farmaceutico con altro di pari efficacia curativa contemplato dal prontuario.

Questa medesima logica fu adoperata dalla giurisdizione ordinaria in ogni fase del processo che portò all'universalizzazione dell'assistenza farmaceutica⁵⁰. Essa fu mantenuta anche nel lasso di tempo che si è appena preso in esame⁵¹. Valorizzando l'enunciato costituzionale dell'art. 32, comma 1, Cost. nella parte in cui afferma la tutela della salute come “*diritto fondamentale dell'individuo*”, gli organi giurisdizionali confermarono la tesi che il potere di selezione delle prestazioni in questione avesse natura non discrezionale, ma tecnica. Per effetto di questa impostazione, le scelte compiute dall'organizzazione sanitaria furono assoggettate a un sindacato giurisdizionale che poteva estendersi al merito e arrivare alla disapplicazione del provvedimento amministrativo recante le prestazioni erogabili agli assistiti, in casi concreti nei quali l'inadeguatezza di tali prestazioni (accertata in giudizio) fosse stata accompagnata dal riconoscimento (sempre in giudizio) dell'adeguatezza di altre prestazioni non incluse nel prontuario⁵².

Nel periodo in esame, dunque, alla prima, tradizionale impostazione – tendente a considerare i precetti costituzionali in rapporto alla loro attuazione legislativa e amministrativa – se ne affiancò una seconda, caratterizzata dall'utilizzo degli enunciati

⁵⁰ Un primo ampliamento della tutela farmaceutica fu realizzato dal D.L. n. 264/1974, con il quale si estese il prontuario terapeutico per l'assistenza farmaceutica dell'INAM “*agli enti, casse mutue anche aziendali e gestioni di assistenza malattia*”, e si stabilì altresì che la medesima norma valesse anche per i soggetti che si fossero avvalsi dell'assistenza farmaceutica in via indiretta (art. 9). L'universalizzazione dell'accesso alle prestazioni farmaceutiche fu invece prevista dalla L. n. 833/1978 (artt. 28-30), che, da un lato, affidò al Ministro della sanità l'adozione di un prontuario terapeutico nazionale da redigersi secondo i principi dell'efficacia terapeutica e dell'economicità dei prodotti, dall'altro prorogò l'efficacia del prontuario terapeutico dell'INAM sino all'emanazione di quel provvedimento.

⁵¹ Si segnala, peraltro, che durante gli anni Ottanta, la giurisprudenza della Cassazione in materia fece ancora riferimento all'art. 38 della Costituzione, in ragione verosimilmente del fatto che essa era stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito di vicende giudiziarie instaurate prima della legge di riforma sanitaria (v., ad es., Cass., S. Lav., s. n. 1747/1986).

⁵² V., ad es., Cass., SS. UU., s. n. 1504/1985.

espressi nell'art. 32 della Costituzione ai fini della qualificazione della situazione giuridica soggettiva azionata in giudizio. Considerata dal punto di vista squisitamente tecnico, quella operazione comportò che la dimensione giuridica soggettiva del diritto costituzionale alla salute venisse utilizzata per la prima volta in controversie chiamanti in causa il profilo prestazionale di quel diritto⁵³. Quanto ai riflessi sul modello di tutela della salute considerato costituzionalmente imposto, la giurisprudenza della Cassazione che fece ricorso alla tecnica anzidetta fu rafforzativa dell'idea che massimo dovesse essere l'impegno delle istituzioni repubblicane in questo ambito. Un impegno, si può notare infine, da soddisfare mediante l'organizzazione amministrativa appositamente istituita, ma anche, nei casi nei quali il servizio sanitario non fosse riuscito a provvedervi adeguatamente, mediante l'opera dei giudici⁵⁴.

Spostando l'attenzione sull'operato della Corte costituzionale, è possibile osservare che dalla complessa giurisprudenza degli anni Ottanta che si interessò a vario titolo del sistema

⁵³ Manipolazioni giurisprudenziali del dato normativo simili a quelle ricordate nel testo non erano affatto nuove nell'esperienza italiana (v., in generale sul tema, Onida, L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale, in AA.VV., Scritti in onore di Costantino Mortati, Milano, 1977, 501). Esse non lo erano neppure con riguardo all'enunciato dell'art. 32, comma 1, Cost. Già negli anni Settanta la giurisprudenza comune aveva fatto ricorso a quella disposizione costituzionale al fine di determinare il contenuto del diritto soggettivo vantato dalla persona nei confronti del bene salute (v., riassuntivamente su tali sviluppi, Caravita, La disciplina costituzionale della salute, op. cit., 27-37). I nuovi indirizzi giurisprudenziali realizzatisi negli anni Ottanta costituirono dunque uno sviluppo nuovo e non obbligato di quei precedenti. Si è detto parlato volutamente di sviluppo non obbligato. In effetti, i precedenti orientamenti si erano formati su casi che avevano riguardato la difesa della persona dalle aggressioni portate al suo benessere fisico: il diritto alla salute ripetutamente richiamato dalla giurisprudenza era dunque un diritto assoluto cui corrispondeva un divieto generalizzato di arrecare, direttamente o indirettamente, danno. Nelle decisioni assunte negli anni Ottanta, invece, ad essere configurata come diritto assoluto era la pretesa dei singoli a ricevere prestazioni sanitarie al fine di ripristinare la loro salute: un diritto, dunque, cui corrispondeva – o avrebbe dovuto corrispondere – un obbligo degli apparati pubblici di erogare quelle prestazioni in forma diretta o indiretta, ovvero di sostenerne il costo nelle ipotesi nelle quali esse fossero state ottenute fuori dal sistema sanitario nazionale.

⁵⁴ In via riparativa. Va peraltro osservato che in certi casi la tutela dei giudici operò in via preventiva, mediante provvedimenti di condanna del servizio sanitario a fornire gratuitamente e direttamente il farmaco, resi ex art. 700 c.p.c. V., ad es., Pret. Genova, o. 12 gennaio 1989.

sanitario nazionale e dei suoi utenti, sembra emergere una visione simile a quella accolta dalle giurisdizioni comuni. Per un verso, infatti, la Corte riconobbe agli organi statali la competenza a dettare la disciplina legislativa relativa all'organizzazione, al funzionamento e al finanziamento del servizio sanitario nazionale, preoccupandosi di assicurare la loro piena responsabilità istituzionale per le scelte assunte⁵⁵. Per altro verso, e sia pure in un solo caso, il giudice delle leggi attribuì al diritto alla salute uno statuto analogo a quello riconosciutogli dalla giurisprudenza ordinaria che si era occupata dei limiti che l'amministrazione doveva rispettare in sede di identificazione dei farmaci erogabili dal servizio sanitario.

La decisione da ultimo segnalata arrivò dopo che pronunce riconducibili al primo orientamento avevano legittimato tanto provvedimenti legislativi che confermavano il modello di assistenza sanitaria originalmente previsto dalla L. n. 833/1978⁵⁶, quanto

⁵⁵ Il sindacato sulla coerenza tra i diversi elementi (organizzativi, funzionali e finanziari) del sistema di protezione della salute sviluppato dallo Stato fu molto penetrante quando le parti interessate a una siffatta coerenza furono le Regioni, meno quando lo furono gli utenti del servizio sanitario. A garanzia delle prime, la Corte non esitò a dichiarare incostituzionali leggi statali che, in un quadro complessivo caratterizzato dalla compressione delle competenze legislative e amministrative degli enti regionali, avevano accresciuto le loro responsabilità finanziarie per il funzionamento del sistema sanitario (v., Corte cost., s. n. 245/1984; s. n. 452/1989). Rispetto agli utenti, invece, per tutti gli anni Ottanta la Corte si astenne dal sanzionare la scelta legislativa di avere universalizzato il servizio senza predisporre un razionale sistema di finanziamento contributivo legato alla capacità reddituale dei contribuenti (oltre alle decisioni citate alla nota 37, v. Corte cost., o. n. 55/1987; o. n. 403/1989; s. n. 534/1989).

⁵⁶ Alla categoria delle decisioni che affermarono principi non incompatibili con il modello di tutela sanitaria previsto dalla legge di riforma del 1978, appartengono: la s. n. 175/1982, con la quale la Corte rigettò la richiesta di dichiarare incostituzionali le norme (poste nella legge di riforma ospedaliera del 1968 e in uno dei suoi provvedimenti attuativi) con le quali si era limitato il diritto dell'assistito alla libera scelta del medico e del luogo di cura; la s. n. 177/1986; la s. n. 294/1986; la s. n. 173/1987, che respinse le censure sollevate nei confronti di una norma che aveva subordinato al rilascio di un'autorizzazione della USL l'accesso del cittadino, con oneri a carico del SSN, alle prestazioni ambulatoriali e diagnostico-sperimentali erogate da strutture convenzionate, ribadendosi il principio della inesistenza di principi costituzionali che garantissero la astratta libertà di scelta tra strutture sanitarie private, ancorché convenzionate, e strutture sanitarie pubbliche; la s. n. 418/1988; la s. n. 580/1988. Alla categoria in esame, infine, possono essere ascritte anche la s. n. 134/1982 e la s. n. 142/1982. Con la prima, la Corte dichiarò infondata la questione sollevata nei confronti di una norma del 1962 che, relativamente ai redditi di lavoro subordinato e alle

provvedimenti legislativi che, come già notato, lo contraddicevano⁵⁷. Non è dunque da escludere che con essa la Corte volesse fissare un nuovo tipo di limite costituzionale, valido anche quando si fosse riconosciuto al legislatore libertà di scelta quanto ai modi attraverso i quali dare attuazione all'art. 32, comma 1, Cost.

Data la novità del problema affrontato nella sent. n. 992/1988, il carattere innovativo delle affermazioni in essa contenute e, non ultimo, l'importanza che quella pronuncia potrebbe avere per una valutazione del modello di tutela della salute effettivamente vigente quando fu pronunciata, è utile ricordare i termini della questione sottoposta alla Corte e i passaggi argomentativi posti alla base della sua decisione. Alla Consulta era stato chiesto di valutare la compatibilità con l'art. 32, comma 1, Cost. di alcune norme che avevano escluso che potessero essere assunte a carico del servizio sanitario nazionale le prestazioni di diagnostica sperimentale ad alto costo effettuate presso strutture private non convenzionate, anche quando queste ultime fossero le uniche detentrici delle relative apparecchiature e gli accertamenti diagnostici risultassero indispensabili. Il tema che la Corte dovette affrontare, dunque, riguardava il diritto del cittadino a ottenere (e quindi l'eventuale obbligo del servizio sanitario di pagare) prestazioni che si collocavano al di fuori di quelle che, per lo meno a quell'epoca, il servizio stesso normalmente erogava e per le quali era attrezzato. La Corte si pronunciò per l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate, considerandole in contrasto con l'art. 32 Cost. Nel motivare quella statuizione, i giudici della Consulta

pensioni, aveva limitato a una determinata misura percentuale la detrazione dal reddito per le spese mediche e ospedaliere e per l'acquisto di medicinali, fissandone al contempo un tetto massimo. Con la seconda, la Corte dichiarò invece incostituzionale una norma del 1973 che aveva ammesso una parziale deducibilità del reddito complessivo per le cure mediche e chirurgiche e delle spese necessarie per l'assistenza specifica di persone colpite da grave e permanente invalidità o menomazione, per le quali fosse indicato il domicilio o la residenza del percipiente nel territorio dello Stato.

⁵⁷ Tra le decisioni che avallarono principi non conformi a quelli posti a fondamento della legge del 1978, v. la s. n. 296/1986, con la quale fu dichiarata l'illegittimità di una norma regionale che aveva posto a carico della Regione la partecipazione alla spesa, dovuta dagli assistiti sulla base di leggi statali, sulle prestazioni di diagnostica strumentale e di laboratorio, anche se effettuate presso strutture private convenzionate.



osservarono che il bene della salute umana, in forza della richiamata disposizione, rappresentava un *“un diritto primario e fondamentale che – per tali premesse – [imponeva] piena ed esaustiva tutela”*, e che *“[p]ertanto, l’esclusione in assoluto, [che si ricavava] dalla normativa in esame, di qualsivoglia ristoro, ancorché [ricorressero] particolari condizioni di indispensabilità non altrimenti sopperibili, [incideva] sulla garanzia di cui innanzi”*.

Con queste brevi e impegnative considerazioni, la Corte affermò un’interpretazione nuova del diritto costituzionale alla salute, alternativa, sotto un certo aspetto, a quella che pure essa stessa aveva accolto precedentemente in decisioni nelle quali aveva affrontato, direttamente o indirettamente, il tema della natura dei rapporti intercorrenti tra utenti e servizio sanitario nazionale. Durante tutti gli anni Ottanta, infatti, la Corte sembra avere ragionato secondo gli ormai noti schemi concettuali del diritto alla salute come diritto relativo: quest’ultimo doveva considerarsi garantito dall’istituzione di un servizio sanitario nazionale, alle cure erogate dal quale il singolo avrebbe potuto accedere alle condizioni e nei limiti stabiliti dalla legge e dalle autorità amministrative competenti, salvo il sindacato della Corte costituzionale sulla ragionevolezza di quelle scelte⁵⁸. Nel caso in esame, invece, l’abbrivio del ragionamento fu differente e differente fu pertanto la conclusione: il diritto alla salute sancito in Costituzione fu configurato come diritto a ottenere prestazioni ritenute indispensabili dal singolo, non importando le differenti scelte compiute a questo riguardo dagli organi legislativi o le differenti determinazioni assunte dagli organi amministrativi in relazione alle prestazioni erogabili dal servizio sanitario nazionale.

⁵⁸ La concezione tradizionale può essere colta, ad esempio, nella s. n. 173/1987, nella quale la Corte, respingendo i rilievi mossi nei confronti della norma che aveva stabilito il diritto di accedere alle strutture private convenzionate se entro tre giorni quelle pubbliche non fossero state in grado di soddisfare la richiesta di accesso alle prestazioni, aveva sostenuto che *“[l]’istituzione del servizio sanitario nazionale è finalizzata a rendere effettivo e regolato l’esercizio del diritto fondamentale alla salute a spese della intera collettività nazionale, ivi compreso l’utente, a favore del quale se ne individualizzano le prestazioni”*.



Agli occhi degli operatori giuridici del tempo, la sentenza risultò – almeno potenzialmente – rivoluzionaria. Connettendo al diritto alla salute costituzionalmente garantito il diritto all'assistenza sanitaria, e qualificando il primo come diritto primario e fondamentale, la Corte sembrò avere fissato il presupposto per riconfigurare in termini assolutamente innovativi la relazione tra i titolari di quel diritto e i poteri pubblici, all'apprezzamento dei quali sino ad allora era stata riservata la questione relativa ai modi dell'attuazione dell'intervento pubblico per la sanità⁵⁹. Costituiva un corollario del presupposto affermato dalla Corte, infatti, quello secondo cui gli apparati pubblici sarebbero stati tenuti a rimborsare le spese sostenute per prestazioni sanitarie non erogate dal servizio sanitario in ragione di scelte compiute dagli apparati amministrativi competenti in conformità a quanto stabilito dalla legge, e tuttavia giudicate indispensabili dai pazienti e dai loro medici curanti al fine della tutela della salute dei primi.

Non solo, ma il principio affermato nella s. n. 992/1988 parve anche implicare, nel settore in esame, l'instaurazione di un nuovo assetto dei rapporti che sarebbero dovuti intercorrere tra i poteri dello Stato, nonché sottendere l'affermazione di nuove forme di relazione tra gli organi riconducibili a un medesimo potere. Quanto a quest'ultimo profilo, si osservò che l'impostazione della Corte sarebbe stata foriera di notevoli ripercussioni sul sistema complessivo del servizio sanitario sino ad allora vigente, dal momento che essa avrebbe spostato, almeno in parte, il governo del sistema dai soggetti responsabili della direzione e della gestione del servizio ai soggetti responsabili della erogazione delle prestazioni (ossia i medici)⁶⁰. Ad un tempo, e su un diverso piano, quella impostazione avrebbe potuto avere ricadute anche sull'ordinario svolgersi dei rapporti tra giurisdizione e amministrazione. La ragione di ciò è già stata detta. La qualificazione del diritto alla salute come diritto

⁵⁹ Baldassarre, Diritti sociali, in Enciclopedia giuridica, Roma, 1989, 27.

⁶⁰ Ferrari, Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta indispensabile?, in Le Regioni, 1989, 1928-1929.



fondamentale avrebbe dovuto comportare il radicamento nella giurisdizione ordinaria delle controversie sorte per ottenere il rimborso delle spese sostenute per prestazioni sanitarie ricevute fuori dal servizio sanitario nazionale, e delle quali fosse stata contestata la indispensabilità. Per dirimere simili questioni, i giudici ordinari si sarebbero potuti spingere a valutare nel merito le scelte tecniche compiute dagli organi amministrativi, potendo eventualmente sostituire nel caso particolare il proprio giudizio a quello formulato da quelli in via generale.

La s. n. 992/1988 si presta, infine, a qualche ulteriore considerazione se guardata da un'altra prospettiva, ossia da quella di chi è interessato a comprendere il significato sostanziale che la Corte costituzionale, in quella pronuncia, diede all'affermazione dell'art. 32 Cost. che impegna la Repubblica a tutelare la salute come diritto fondamentale dei singoli e interesse della collettività. Considerandola da questo angolo visuale, si può sostenere che la decisione si sia posta in linea di continuità con la giurisprudenza avutasi negli anni Settanta e Ottanta. Esattamente come nei casi precedenti, infatti, anche in questo caso la Corte aveva considerato iscritto nella disposizione costituzionale il principio che lo Stato dovesse assumersi l'impegno di predisporre forme pubbliche di assistenza sanitaria ispirate ai principi dell'universalità dei destinatari e della generalità e globalità delle prestazioni erogabili. Là, tuttavia, la Corte aveva lasciato trasparire questa concezione riferendosi alla Carta ma soprattutto alla legislazione di riforma della sanità, considerata fedele traduzione degli enunciati costituzionali in ragione dei suoi principi informatori⁶¹; qui, invece, la Corte aveva espresso quella stessa concezione facendo esclusivo riferimento alla Carta, in ciò sospinta dalla constatazione che lo sviluppo del sistema sanitario pubblico

⁶¹ A giudizio dei primi commentatori della L. n. 833/1978, i contenuti informativi e caratterizzanti dell'art. 1 della medesima legge, recante i principi dell'istituendo servizio sanitario nazionale, potevano essere riassunti esattamente nella globalità degli interventi e delle prestazioni, nell'universalità dei destinatari, nell'uguaglianza di trattamento e nel riscatto della libertà e delle dignità della persona umana. Così, Roversi Monaco, Bottari, Sub art. 1, in AA.VV., Il servizio sanitario nazionale, Milano, 1979, 12.



non poteva che essere sempre in ritardo rispetto allo sviluppo delle scienze mediche e delle tecnologie sanitarie⁶², ma forse anche dalla volontà di preservare lo spirito originario della L. n. 833/1978 dai numerosi provvedimenti che, tradendone l'impostazione, avevano limitato l'azione degli apparati pubblici nel campo della tutela della salute al fine di contenerne i relativi costi.

In realtà, la scelta del mezzo non è indifferente per il fine. La Corte, avendo qualificato il diritto alla salute come diritto costituzionale a qualsiasi prestazione sanitaria indispensabile, aveva creato la condizione per il futuro riconoscimento di una tutela sanitaria apparentemente illimitata⁶³. Uno scenario di questo genere, tuttavia, non si realizzò negli anni successivi, a ciò essendosi opposti gli organi legislativi e amministrativi, che continuarono a occuparsi della pretesa a prestazioni sanitarie guardandola dal versante

⁶² Nella s. n. 992/1988, invero, la Corte, dopo avere affermato che quanto richiestole doveva considerarsi “*completamento esaustivo della tutela dovuta*” costituzionalmente a favore dei singoli e ordinariamente realizzata tramite le strutture del servizio sanitario nazionale, precisò: “*la comune esperienza suffraga - e il caso ne è palmare conferma - come possano esservi cure ed interventi (è conforme, in punto, la giurisprudenza della Corte di Cassazione) non altrimenti soddisfattibili, talché risulta palese l'iniquità del diniego di relativo ristoro a cura del Servizio sanitario nazionale, anche in ordine ovviamente alla pregressa inscindibile diagnostica*”.

⁶³ La promessa di una futura garanzia illimitata del diritto costituzionale alla salute fu soltanto apparente. La s. n. 992/1988, infatti, aveva avuto cura di precisare, come già notato, che l'inammissibile incisione sulla garanzia del diritto fondamentale alla salute era discesa dalla “*esclusione in assoluto [...] di qualsivoglia ristoro*” per le spese sostenute per accedere a prestazioni sanitarie non rese dal servizio sanitario “*ancorché [ricorressero] particolari condizioni di indispensabilità non altrimenti sopperibili*”. Tale formula, come fu attentamente osservato dalla dottrina, “[ammetteva] *implicitamente che il precetto costituzionale avrebbe potuto considerarsi soddisfatto dalla previsione di un rimborso parziale e [quindi lasciava] sussistere tra il diritto alla salute costituzionalmente sancito e il contenuto della posizione giuridica concretamente data all'utente, il passaggio necessario costituito dalla legge cui lasciata la determinazione dell'entità del ristoro*” (Trimarchi Banfi, Pubblico e privato nella sanità, op. cit., 97). Questa precisazione era ineccepibile. Tuttavia, il fatto che una data disciplina dei compiti del servizio sanitario fosse stata valutata – e censurata – muovendo dal riconoscimento dell'esistenza di posizioni di diritto soggettivo il cui contenuto era stato determinato dalla Corte in base alla sola disposizione costituzionale, come era accaduto nel caso di specie, finì per alimentare l'idea, già presente nella giurisprudenza comune, che i diritti soggettivi a prestazioni sanitarie potessero sussistere in virtù non solo del loro riconoscimento legislativo, ma anche del loro riconoscimento costituzionale.

dell'organizzazione dei servizi sanitari, e soprattutto la stessa Corte costituzionale, la cui giurisprudenza si sviluppò lungo binari diversi da quelli posti nella s. n. 992/1988⁶⁴.

7. VERSO UN NUOVO MODELLO DI TUTELA DELLA SALUTE

Le grandi riforme legislative del sistema sanitario degli anni Novanta confermarono e razionalizzarono le intervenute trasformazioni del modello sanitario pensato durante gli anni Sessanta e faticosamente realizzato negli anni Settanta. A tacere d'altro, furono stabiliti nuovi criteri di selezione delle tipologie di assistenza, dei servizi e delle prestazioni da porre a carico del servizio sanitario, furono posti maggiori sbarramenti al consumo di prestazioni e fu avviata una profonda ristrutturazione dell'intero assetto organizzativo del servizio sanitario nazionale, nell'ambito del quale si riconobbe alle Regioni un maggiore spazio di intervento.

Quelle evoluzioni del sistema sanitario nazionale, sulle quali non ci si può in questa sede soffermare, furono dettate certamente dalla necessità di mettere sotto controllo la spesa complessiva destinata dallo Stato al comparto sanitario. Esse, ad un tempo, rispondevano verosimilmente all'idea, divenuta assai diffusa nell'opinione pubblica italiana degli anni Ottanta⁶⁵, che in generale fosse opportuno un ridimensionamento e una ristrutturazione del ruolo dei pubblici poteri in campo sociale, e che in particolare questi ultimi dovessero limitarsi a garantire alcune prestazioni sanitarie essenziali di base, lasciando libertà di scelta e onore di finanziamento e organizzazione ai singoli cittadini o alle loro organizzazioni per le prestazioni aggiuntive.

Quali che ne furono le ragioni, è certo che gli sviluppi ordinamentali anzidetti acuirono il conflitto tra Stato e Regioni in materia di tutela della salute, con note ricadute sull'entità del

⁶⁴ V., *infra*, par. 7.

⁶⁵ Ferrera, *Modelli di solidarietà*, op. cit., 306.



contenzioso pendente davanti alla Corte costituzionale. Nel settore in esame, rispetto al periodo precedentemente analizzato, si registrò via via un tale incremento di ricorsi posti in via principale e di conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni da rendere quanto mai pertinente, riferita ad esso, l'osservazione di chi, in anni recenti, ha ravvisato nella Corte italiana ormai più un "giudice dei conflitti" e meno un "giudice dei diritti". Ed invero, successivamente alla s. n. 992/1988 sono state relativamente poche, anche se assai significative le pronunce nelle quali l'organo garante della legalità costituzionale ha dovuto affrontare questioni implicanti in modo diretto il tema della diretta azionabilità del diritto fondamentale alla salute, nel suo nucleo centrale di aspettativa di prestazione vantata dal singolo nei confronti degli apparati di servizi che operano nel campo della sanità. Come si noterà tra breve, tuttavia, i decisori autoritativi del nostro ordinamento (in particolare, i giudici) trattarono quel tema traendo considerevoli indicazioni anche dalla giurisprudenza costituzionale che lo toccò in via indiretta⁶⁶.

⁶⁶ Il riferimento è alla copiosa giurisprudenza costituzionale che negli anni Novanta, nell'ambito di giudizi instaurati in via principale, si occupò di questioni di legittimità aventi ad oggetto norme astrattamente idonee a incidere – in modi diversi – sulla configurazione delle pretese dei singoli a ricevere prestazioni sanitarie (v., *ex multis*, s. n. 381/1990; s. n. 356/1992; s. n. 416/1995). È noto che, in termini dogmatici, i giudizi in via principale sono stati configurati tanto come giudizi di legittimità delle leggi quanto come giudizi su conflitti di attribuzioni legislative, secondo un ordine di prevalenza che è stato diversamente inteso dalla dottrina, ora favorevole a vedere nel giudizio principale primariamente un giudizio su un rapporto controverso (ad es. v. Berti, *Struttura del processo costituzionale e regime dei termini*, in *Le Regioni*, 1981, 1056) ora teorizzatrice della tesi opposta (v., ad es., Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, 1987, 614). Si tratta di problema complesso e assai dibattuto, la cui soluzione tuttavia poco rileva ai fini del nostro discorso. Ed invero, se ci si pone su un piano fattuale e si considerano i parametri costituzionali invocati e gli argomenti addotti dalle parti nonché le motivazioni utilizzate dalla Corte nei giudizi che si conclusero con le decisioni sopra menzionate, si può plausibilmente sostenere che essi furono affrontati e definiti dai giudici della Consulta per chiarire l'assetto delle competenze legislative dello Stato e delle Regioni in ambito sanitario, più che per verificare se gli atti legislativi impugnati avessero determinato illegittime compressioni di situazioni giuridiche soggettive riconducibili al diritto alla salute. Ciò detto, occorre osservare che la giurisprudenza costituzionale appena ricordata riveste comunque una notevole importanza agli occhi di chi sia interessato a dare una valutazione degli sviluppi dell'ordinamento in chiave storica: i significati normativi assegnati all'art. 32, comma 1, Cost. in quelle decisioni, infatti, costituiscono



Cercando di restare fedeli al metodo sin qui seguito, si può osservare innanzitutto che un discreto numero di decisioni della Corte costituzionale appartenenti al primo tipo si concentrò nei primissimi anni Novanta, il che forse avvalorava la tesi che la s. n. 992/1988 aveva rappresentato, quantomeno per gli organi giurisdizionali, il punto di partenza di un nuovo modo di intendere il diritto alla salute⁶⁷. Come si è già detto, in quella decisione era stato affermato che l'esclusione di qualsiasi ristoro per le spese sostenute per accedere a prestazioni indispensabili non rese dal servizio sanitario nazionale doveva considerarsi incidere sulla garanzia apprestata dall'art. 32 Cost. per il diritto primario e fondamentale alla salute. Ebbene, nel lasso di tempo ora preso in considerazione, la Corte costituzionale abbandonò la strada sulla quale sembrava essersi incamminata: sollecitata più volte a intervenire su norme riguardanti oggetti diversi, ma accomunate dall'aver l'effetto di limitare l'accesso a prestazioni sanitarie affermate essere indispensabili per la cura della salute di singoli individui e di negare il rimborso (totale o parziale) delle spese sostenute per ottenerle al di fuori del servizio sanitario, essa in genere non condivise le prospettazioni degli organi giurisdizionali rimettenti.

Qualche esempio. In una decisione assunta nel 1990, i giudici della Consulta dichiararono manifestamente infondata la questione sollevata nei confronti della norma che aveva limitato l'assistenza farmaceutica degli aventi diritto alla fornitura di preparati galenici e di specialità medicinali comprese nel prontuario terapeutico del servizio sanitario nazionale, con esclusione dei farmaci stranieri non commerciati nello Stato italiano⁶⁸. Dopo avere ribadito che *“la salute rappresenta, in forza dell'art. 32 della Costituzione, un bene primario e fondamentale che impone piena ed esaustiva tutela”*, la Corte osservò che tale

fatti rilevanti innanzitutto di per sé e poi anche perché, come si è già notato nel testo, verosimilmente incisero sulla concezione degli organi legislativi, amministrativi e giurisdizionali, e sulle loro azioni.

⁶⁷ V., *retro*, par. 6.

⁶⁸ Corte cost., o. n. 396/1990.



garanzia di tutela era assicurata ammettendo *“solo l’uso di farmaci regolarmente commerciabili, a norma di legge, nel territorio nazionale”* e non favorendo *“l’incontrollato uso di prodotti esteri che non si uniformino alla detta disciplina”*. Sebbene motivata con argomenti ragionevoli, quella decisione esprimeva un atteggiamento della Corte di minore apertura alla possibilità di riconoscere in capo agli assistiti un diritto soggettivo costituzionale ad accedere a cure dimostratesi indispensabili e insostituibili con altre erogate dal servizio sanitario.

Questa impressione è confermata dalla soluzione accolta e dalle parole utilizzate nella notissima s. n. 455/1990, con la quale la Corte tornò espressamente sulla correlazione esistente tra diritto costituzionale alla salute, diritto alle prestazioni sanitarie ed effettivo assetto dell’ordinamento legislativo in un dato momento storico. In questa pronuncia la Corte affermò che il diritto alla salute riconosciuto dall’art. 32 Cost., mentre doveva considerarsi direttamente garantito e azionabile dai soggetti legittimati nei confronti di autori di comportamenti illeciti, era invece soggetto, per quanto concerne il profilo del diritto a trattamenti sanitari, alle determinazioni del legislatore ordinario ed era perciò *“garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento”*.

Ancora. In una terza decisione, pronunciata di lì a poco, la Corte dichiarò la manifesta inammissibilità della questione avente ad oggetto una norma che ammetteva, secondo le modalità e i limiti stabiliti dalle leggi regionali, il ricorso all’assistenza ospedaliera in forma indiretta, censurata nella parte in cui il ricorso a una simile forma di assistenza non consentiva un completo ristoro a favore del cittadino che con urgenza avesse *“dovuto egli*

stesso provvedere all'esigenza di tutelare indifferibilmente la propria salute in quanto quella assistenza ospedaliera diretta, alla cui erogazione egli aveva diritto per legge, era in pratica inesistente"⁶⁹. In questo caso l'assistito chiedeva il rimborso integrale di prestazioni alle quali aveva diritto nel sistema sanitario nazionale, ma che gli erano state somministrate al di fuori di questo in ragione del fatto che le strutture pubbliche e private convenzionate non erano in grado di erogarle tempestivamente. L'ordinanza di rimessione della Cassazione, dunque, aveva invocato un intervento volto a eliminare un'irragionevole disparità di trattamento conseguente ai modi di godimento di prestazioni legislativamente riconosciute, e non ad ampliare il novero delle prestazioni riconosciute in nome del diritto costituzionale alla salute. La Corte, tuttavia e però significativamente⁷⁰, dopo avere affermato che *"il diritto alla salute è riconosciuto come un diritto primario e fondamentale ai fini di una piena ed esaustiva tutela"*, escluse di potere provvedere nel senso richiesto, precisando che era *"compito del legislatore ordinario operare il bilanciamento degli interessi tutelati da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie"* di cui avesse disposto al momento, secondo *"scelte e indirizzi globali che al Parlamento e ad esso soltanto"* sarebbe spettato assumere.

Il tono della Corte, come le motivazioni e i dispositivi delle decisioni ricordate (e quelli di altre ad esse successive⁷¹) documentano, era cambiato. La Corte aveva intrapreso un nuovo

⁶⁹ Corte cost., o. n. 40/1991.

⁷⁰ Ad un annotatore della decisione, la pronuncia del giudice delle leggi suonò *"come un via libera al legislatore per accogliere, in tema di prestazioni sanitarie a tutela del diritto alla salute, qualunque scelta [avesse ritenuto] opportuna"*. Ferrari, Diritto alla salute ed assistenza sanitaria indiretta, in *Le Regioni*, 1992, 212.

⁷¹ Secondo un ordine meramente cronologico, viene in rilievo innanzitutto l'o. n. 19/1992, con la quale i giudici della Consulta si pronunciarono sulla questione sollevata nei confronti della norma che aveva rinviato alle leggi regionali la individuazione delle prestazioni sanitarie erogabili anche in forma indiretta, nel caso in cui le strutture pubbliche o convenzionate fossero state nella impossibilità di erogarle tempestivamente in

corso giurisprudenziale, caratterizzato dall'abbandono dell'idea che il fondamento del diritto a prestazioni sanitarie indispensabili per la cura della salute potesse essere individuato unicamente nell'art. 32 della Costituzione, a favore della diversa idea che il suo fondamento dovesse essere ravvisato nelle determinazioni normative assunte dal legislatore, censurabili dalla Corte solo se irragionevoli⁷².

Il giudice delle leggi si era appoggiato a un principio consolidato della sua giurisprudenza. Ma se nel decennio precedente il richiamo alla discrezionalità legislativa quanto alla scelta degli strumenti, dei modi e dei tempi di attuazione della tutela della salute era stato ancora funzionale all'affermazione di un modello di protezione coerente nello

forma diretta (art. 3, L. n. 595/1985), censurata nella parte in cui aveva ommesso di vincolare le Regioni a fornire positivamente le prestazioni suddette, anche in forma di rimborso qualora esse non fossero state, o non fossero state ancora, erogabili in forma diretta o convenzionata. La Corte giudicò la questione manifestamente inammissibile *“per difetto di rilevanza e in quanto diretta a ottenere una sentenza di tipo additivo pur in assenza di una soluzione obbligata”*. La motivazione offerta per giustificare un simile dispositivo fu che la questione, *“nei termini in cui [era stata] prospettata, si [collegava] alla necessità di un successivo intervento normativo da parte della Regione diretto a disciplinare le modalità per accedere alla prestazione terapeutica e per ottenere il rimborso, totale o parziale, della spesa sostenuta”*, con la conseguenza che *“la previsione di tali modalità, anche nell'ipotesi in cui fosse stato introdotto [...] un vincolo a provvedere a carico della Regione, non [sarebbe stata] tale da dare luogo ad una soluzione univoca in ordine ai modi, ai tempi, alle misure e ai controlli connessi al rimborso, ma [avrebbe offerto] la possibilità di soluzioni differenziate, nel cui ambito la scelta [doveva] ritenersi riservata alla discrezionalità del legislatore regionale”*. Merita di essere ricordata poi la s. n. 247/1992, che dichiarò inammissibile la questione sollevata nei confronti di una norma regionale che non prevedeva un rimborso integrale della spesa per prestazioni sanitarie ospedaliere ottenute all'estero. La Corte osservò – a ragione – che la norma censurata, diversamente da quella che era stata oggetto di una dichiarazione di illegittimità costituzionale sul finire degli anni Ottanta, recava una previsione normativa di contribuzione risarcitoria, sicché il richiamo a quella decisione operato dai giudici *a quibus* doveva considerarsi inconferente. Ciò detto, ha rilievo ai nostri fini il tenore stesso delle argomentazioni della decisione, laddove fu affermato che il sistema sanitario, finalizzato alla tutela della salute, non rivelava *“disegni di completa statalizzazione nei contenuti di attuazione, i quali [restavano] perseguiti [nel caso di specie] in forme non irragionevoli”*, aggiungendosi poi che *“rimane compito del legislatore, nella attuazione positiva degli interessi tutelati, il temperamento con gli altri criteri costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento”*.

⁷² Benché la Corte avesse affermato che la riconduzione del contenuto del diritto alla salute alle scelte legislative *“non [implicasse] certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione”* (s. n. 455/1990), il sindacato concreto esercitato su tali scelte nei casi citati fu davvero di tipo leggero. In tema, Ferrari, Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità, in *Le Regioni*, 1991, 1513.



spirito con quello fissato nella legge di riforma del 1978, quel medesimo richiamo da parte della Corte costituzionale in un momento di ripensamento dei principi fondamentali dell'organizzazione del sistema sanitario e di tentativi di riduzione della spesa sanitaria, sembrò sancirne la crisi⁷³.

Prima però di proseguire nella descrizione degli sviluppi della giurisprudenza costituzionale, pare opportuno fare un accenno anche agli orientamenti espressi dagli organi giurisdizionali comuni dopo l'emanazione della s. n. 992/1988. A questo riguardo, si può osservare che quella decisione contribuì a rafforzare l'idea della configurabilità di un diritto soggettivo perfetto all'assistenza sanitaria di rango costituzionale, non comprimibile o degradabile ad opera del legislatore e dell'amministrazione. Tale idea, tuttavia, fu declinata in modi diversi.

Essa, in primo luogo, portò la Corte di cassazione ad affermare la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria per le controversie aventi ad oggetto la richiesta di rimborso delle spese sostenute presso strutture private non convenzionate, alle quali il singolo si fosse rivolto per ottenere prestazioni riconosciute dalla legislazione sanitaria e tuttavia non somministrabili dalle strutture del servizio sanitario nazionale in tempi compatibili con la situazione di urgenza accertata nel caso di specie⁷⁴. Non essendo invocata

⁷³ Riflettendo sulle evoluzioni legislative e sugli indirizzi giurisprudenziali ai quali si è fatto cenno nel testo, la dottrina fu concorde nel considerare irreversibile la crisi del modello di tutela sanitaria affermatosi sul finire degli anni Settanta. Tale riconoscimento fu seguito ora da tentativi volti a confermare la validità di quel modello (v., ad es., Mor, Il riordino della sanità nella crisi dello Stato sociale e della Costituzione materiale, in *Le Regioni*, 1994, 992), ora da tentativi finalizzati a legittimare – sia pure problematicamente – forme e modi nuovi attraverso i quali lo Stato sociale di diritto avrebbe potuto adempiere l'obbligo, impostogli dalla Costituzione, di intervenire nel campo della sanità e per l'obiettivo tutela della salute (v., ad es., Ferrara, Salute (diritto alla), in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, 535-538).

⁷⁴ V. Cass., SS.UU., o. n. 12218/1990. Vale la pena sintetizzare l'iter argomentativo della Suprema corte. A fronte di una disposizione di legge che prevedeva, da un lato, che le prestazioni medico-specialistiche, ivi comprese quelle di diagnostica strumentale e di laboratorio, fossero fornite, di norma, presso gli ambulatori e i presidi delle USL di cui l'utente faceva parte, dall'altro, che nei casi di richiesta urgente motivata da parte del medico in relazione a particolari condizioni di salute del paziente, il mancato immediato soddisfacimento



dal malato una simile situazione di urgenza, invece, sui ricorsi volti a contestare i provvedimenti dell'amministrazione sanitaria avrebbe continuato a decidere l'autorità giudiziaria amministrativa⁷⁵.

La medesima idea spinse alcuni giudici anche oltre, portandoli a mettere in discussione i limiti che gli organi legislativi e amministrativi, in via normativa e in via di prassi, frapponevano al pieno rimborso delle spese sostenute per accedere a prestazioni sanitarie non erogate in via diretta dal servizio sanitario⁷⁶. Il meccanismo di tutela che la

della richiesta presso le anzidette strutture pubbliche equivallesse ad autorizzazione ad accedere agli ambulatori o strutture convenzionati, la Cassazione affermò che il potere autorizzatorio in questione non avesse natura discrezionale ma vincolata, con la conseguenza che la pretesa di assistenza dell'utente del servizio nazionale doveva essere configurata come diritto soggettivo perfetto, oggetto di una immediata e incondizionata tutela. Ciò stabilito, la Corte osservò che *“la suddetta soluzione legislativa – che appare con evidenza ispirata all'intento di rendere effettiva l'assistenza sanitaria cui sono tenuti gli organi pubblici e ciò proprio quanto essa si rivela vieppiù necessaria – non può logicamente mutare allorquando, in presenza di situazioni di urgenza – e tali debbono essere definite quelle in relazione alle quali sussiste per l'assistito pericolo di vita o comunque pericolo di aggravamento della malattia contratta ovvero di non adeguata sua guarigione che invece sarebbe oggettivamente possibile attraverso idoneo, tempestivo intervento curativo – non esistano neppure altre strutture operanti nell'ambito delle convenzioni vigenti con il servizio sanitario che siano in grado di effettuare siffatto intervento”*. In tale caso, prosegue la decisione, *“essendo a maggior ragione inconcepibile qualsiasi discrezionalità della Pubblica Amministrazione [...], la dovuta assistenza sanitaria deve necessariamente realizzarsi mediante il ricorso a quelle strutture esterne che - ancorché non convenzionate (ovvero convenzionate con limitazioni) – siano le uniche in grado di eseguire quell'idoneo tempestivo intervento”*. Occorre notare, infine, che l'ammirevole operazione interpretativa appena compiuta, volta a dare tutela non a *“un illimitato diritto alla salute”*, ma a *“quel diritto all'assistenza in relazione alle prestazioni che, proprio in base alla [legge], la Pubblica Amministrazione è già tenuta a garantire”*, fu giustificata dalla Corte di cassazione facendo riferimento alla s. n. 992/1988 della Corte costituzionale.

⁷⁵ Furono considerate configurare posizioni di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, ad esempio, le domande volte a ottenere il pieno rimborso delle spese sostenute per accedere a prestazioni ottenute, previa autorizzazione delle competenti autorità amministrative, presso strutture sanitarie all'estero (Cass., SS.UU., o. n. 12099/1992).

⁷⁶ Tale idea è ben sintetizzata dall'argomento in base al quale la Corte di giustizia amministrativa di Trento aveva censurato le norme provinciali, poi salvate dalla s. n. 455/1990 della Corte costituzionale, che avevano attribuito all'amministrazione il potere di stabilire i limiti entro i quali le USL avrebbero assunto la spesa inerente a prestazioni di natura sanitaria erogate a favore di persone anziane non autosufficienti ricoverate in case di riposo. Stando a quanto riportato nella decisione della Corte costituzionale, tale argomento consisteva nel fatto che *“il godimento di un diritto soggettivo perfetto costituzionalmente garantito - come il diritto alla salute o, più precisamente, il diritto a ottenere le prestazioni sanitarie erogate*

giurisprudenza comune aveva congegnato per ovviare alla incapacità dell'organizzazione amministrativa di rispondere a richieste di cure che pure la legislazione, interpretata alla luce del dettato costituzionale, le imponeva di predisporre ed erogare, era uno strumento limitato (perché interveniva in via successiva) e, paradossalmente, potenzialmente discriminatorio nei confronti degli indigenti (perché era generalmente inidoneo a riconoscere il rimborso dell'intero costo delle prestazioni somministrate da strutture esterne al servizio sanitario⁷⁷, restando la differenza in capo agli assistiti). Solo eliminando i limiti legislativi previsti per il rimborso si sarebbe potuto attenuare i limiti che accompagnavano la tutela giurisdizionale del diritto alla salute, o quantomeno della dimensione di esso consistente nel diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie effettivamente indispensabili e indifferibili.

La Corte, come si è detto, decise di non compiere quel passo. Gli organi giurisdizionali dovettero così prendere atto dei limiti che la legislazione aveva previsto e che la giurisprudenza costituzionale non aveva eliminato. Le anzidette decisioni della Corte costituzionale dei primi anni Novanta, peraltro, segnarono gli sviluppi giurisprudenziali dei giudici comuni anche in altro modo. Esse, infatti, furono richiamate in provvedimenti giurisdizionali come giustificazione per l'assunzione di orientamenti restrittivi della tutela del diritto alla salute, orientamenti imposti in realtà da modifiche in tale senso intervenute a livello legislativo.

dal Servizio sanitario nazionale - non [avrebbe potuto] essere sacrificato o, comunque, subordinato a limiti derivanti dalle risorse organizzative e finanziarie a disposizione del sistema sanitario pubblico”.

⁷⁷ Le norme legislative statali e regionali, che i giudici tentarono di fare dichiarare incostituzionali dalla Corte costituzionale, stabilivano infatti che il concorso della spesa riconoscibile dal servizio sanitario per le prestazioni godute dagli utenti in via indiretta (perché autorizzati dall'amministrazione sanitaria oppure perché “costretti” dalla gravità della malattia e dall'urgenza di cure non offerte in tempi compatibili dal servizio sanitario in via diretta) non potesse superare il limite massimo delle tariffe previste per le medesime prestazioni dalle convenzioni vigenti. Tariffe, certo, censurabili davanti all'autorità giudiziaria amministrativa quando non idonee a coprire il costo delle cure effettivamente sostenute (Cass., SS.UU., o. n. 12099/1992), ma con i limiti che tale azione e il correlativo giudizio comportavano.



Fu questo il caso della giurisprudenza che si occupò del diritto ad accedere gratuitamente ai farmaci previsti nel prontuario farmaceutico nazionale. Durante gli anni Novanta i giudici ordinari confermarono sì gli orientamenti in materia ai quali si è accennato in precedenza⁷⁸, ma restrinsero la possibilità di disapplicare il prontuario ai soli casi nei quali fosse stata accertata la necessità dell'assistito di assumere farmaci, non inclusi in esso, che fossero insostituibili e indispensabili per la cura di patologie gravi. Il riferimento alla gravità della patologia era coerente con la previsione normativa, introdotta già negli anni Ottanta, della creazione di un *“elenco di farmaci destinati al trattamento delle situazioni patologiche di urgenza, delle malattie ad alto rischio, delle gravi condizioni o sindromi morbose che esigono terapia di lunga durata, nonché alle cure necessarie per assicurare la sopravvivenza nelle malattie croniche, per i quali non è dovuta alcuna quota di partecipazione”*⁷⁹. Tuttavia, salvo lacune nelle ricerche svolte, tale riferimento comparve in giurisprudenza soltanto nella prima metà degli anni Novanta, accompagnato, come si diceva, da ampi riferimenti alle decisioni della Corte costituzionale che avevano affermato la legittimità di una graduazione (legislativa e amministrativa) delle forme di tutela della salute correlata al quadro economico-finanziario complessivo⁸⁰.

8. LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE NELLA CRISI DELLO STATO SOCIALE⁸¹

Non si erano ancora spenti gli echi delle critiche mosse nei confronti delle decisioni rese dalla Corte nei primi anni Novanta, quando la giurisprudenza costituzionale espresse un

⁷⁸ V., *retro*, nota 62.

⁷⁹ Art. 10, comma 2, D.L. n. , 463/1983, convertito con L. n. 638/1983.

⁸⁰ *Ex multis*, Cass., S. Lav., s. n. 3870/1994; Cass., S. Lav., s. n. 5593/1994.

⁸¹ Il titolo del presente paragrafo riprende quello di un noto saggio pubblicato a metà degli anni Novanta. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996. Gli sviluppi giurisprudenziali presi in considerazione in quel contributo solo in parte coincidono con quelli analizzati nel testo.

nuovo indirizzo, parzialmente correttivo di quello appena assunto⁸². Pur continuando a riconoscere che la consistenza giuridica della pretesa all'assistenza sanitaria dipendesse da determinazioni del legislatore compiute sulla base di scelte discrezionali dettate anche dalle esigenze di rispettare un equilibrio economico-finanziario in sede di organizzazione del servizio⁸³, la Corte osservò che se tali esigenze avessero avuto un peso assolutamente preponderante nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore stesso, *“tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana”*, ciò indubbiamente sarebbe stato prova di un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa, censurabile come tale dalla Corte stessa.

Mediante il riconoscimento dell'esistenza di un “nucleo essenziale del diritto alla salute”, i giudici della Consulta tornarono a sostenere l'idea che vi fosse un fascio di situazioni giuridiche soggettive aventi il loro fondamento nella disposizione di cui all'art. 32 Cost., a garanzia delle quali doveva considerarsi posto il sindacato di legittimità costituzionale delle

⁸² Corte cost., s. n. 304/1994, con la quale furono rigettate diverse questioni sollevate nei confronti di norme regionali che avevano selezionato le tipologie di prestazioni sanitarie che potevano essere oggetto di assistenza indiretta, indicando, per talune di esse, le forme nelle quali sarebbero dovute essere erogate perché i relativi oneri potessero essere posti parzialmente a carico del servizio sanitario.

⁸³ Anche nella decisione in commento, la premessa – ormai consolidata – dalla quale il ragionamento della Corte prese le mosse, fu che nell'ambito della tutela costituzionale accordata al diritto alla salute dall'art. 32 della Costituzione, il diritto a trattamenti sanitari *“è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento”*. Conseguenza logica di quella premessa fu l'affermazione che *“al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari, essendo basato su norme programmatiche che impongono al legislatore un obbligo costituzionale all'attuazione della tutela della salute, diviene per il cittadino pieno e incondizionato nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati alle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie”*.

leggi che ne avessero determinato (direttamente o indirettamente, in ragione dell'azione degli apparati del servizio sanitario) una lesione in singoli, concreti casi della vita⁸⁴.

L'affermazione di un simile principio si prestava, almeno astrattamente, ad avere notevoli ripercussioni sulla dimensione costituzionale riconosciuta alla pretesa alle cure dei singoli. Per valutare i termini reali della sua portata, occorre indagare come la Corte lo utilizzò ai fini della soluzione del caso di specie, ma anche i contraccolpi che quella pronuncia generò in seguito sul contesto normativo, amministrativo e giurisprudenziale.

Quanto al primo aspetto, il dispositivo adottato dalla pronuncia e alcuni degli argomenti in essa spesi per motivare quella statuizione, sembrano deporre a favore di un giudizio di incidenza piuttosto modesta del riconoscimento di un “nucleo essenziale del diritto alla salute”. Facendo abile uso di tecniche decisorie che aveva via via acquisito nel corso del tempo, infatti, la Corte si era pronunciata per la infondatezza delle questioni sollevate⁸⁵, con

⁸⁴ Già prima della s. n. 304/1994 la Corte aveva affermato l'esistenza di un “nucleo essenziale del diritto alla salute” nella s. n. 184/1993. A differenza della prima decisione, tuttavia, quest'ultima non si era occupata né del problema della natura della pretesa assistenziale riconoscibile in capo agli utenti del servizio sanitario né del problema del contenuto di tale pretesa. Nel giudizio concluso con la s. n. 184/1993, invece, la Corte aveva affrontato il diverso tema della gratuità dell'accesso a servizi sanitari riconosciuti legislativamente ed erogati dagli apparati del servizio sanitario. Secondo i giudici della Consulta, l'esenzione generale dalla partecipazione alla spesa sanitaria prevista legislativamente per determinate categorie di soggetti – caratterizzati dal possesso di redditi inferiori a determinati livelli stabiliti legislativamente, dalla presuntiva impossibilità, a causa delle loro condizioni fisiche e per ragioni di ordine sociale, di trovare fonti di reddito ulteriore, e dal presumibile bisogno maggiore e più frequente di far ricorso a prestazioni di cura, di prevenzione e di riabilitazione, a causa del deperimento fisico che generalmente si accompagna alle loro condizioni fisiche – doveva considerarsi “*attuazione del contenuto minimo essenziale del diritto alla tutela della salute, garantito dall'art. 32 della Costituzione: il quale, considerato anche in correlazione con il principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, secondo comma), impone che la salute abbia una protezione piena, esaustiva ed effettiva*”.

⁸⁵ In primo luogo, la Corte esclude una violazione dell'art. 117 Cost., offrendo un'interpretazione della norma statale, che il giudice rimettente aveva indicato come parametro interposto per il sindacato delle norme regionali, tale da escludere che la stessa imponesse alle Regioni di ammettere al regime di assistenza indiretta tutte le prestazioni sanitarie che le strutture pubbliche o quelle convenzionate fossero state nell'impossibilità di erogare tempestivamente in forma diretta, né di ammettere a tale regime le medesime prestazioni in misura uguale. La norma in questione, secondo la Corte, doveva piuttosto essere intesa avere demandato alle Regioni il potere di stabilire quali tra quelle prestazioni sarebbero state erogabili in forma

ciò dando l'impressione che la tutela della salute degli individui dipendesse, in ultima analisi, dalle scelte degli organi legislativi e dalle decisioni degli apparati coinvolti nella programmazione e nella erogazione delle prestazioni sanitarie, a poco servendo il sindacato esercitabile su di esse dalla Corte medesima.

In realtà, la visione del diritto alla salute prospettata nella s. n. 304/1994 era più complessa. In uno dei passaggi finali della motivazione, irrilevante ai fini della decisione, la Corte lasciò intendere che l'ambito della garanzia costituzionale del "nucleo essenziale del diritto alla salute" dell'infermo non copriva la sua pretesa a ottenere qualsiasi prestazione sanitaria, ma la sua pretesa ad accedere a prestazioni indispensabili per dare risposta a esigenze terapeutiche indifferibili⁸⁶. Tale pretesa era all'epoca riconosciuta dalla

indiretta e in che misura, secondo un apprezzamento soggetto allo scrutinio di ragionevolezza della Corte stessa da svolgersi "in riferimento all'esigenza costituzionale di tutela del diritto alla salute, garantito a ogni cittadino dall'art. 32 della Costituzione, compatibilmente con la protezione da accordare agli altri valori costituzionali rilevanti". Ciò detto, la Corte escluse la fondatezza della questione di legittimità delle norme regionali che era stata sollevata, in riferimento all'art. 32 Cost., sulla base della considerazione che la totale esclusione delle prestazioni riabilitative dal novero di quelle ammesse all'assistenza in forma indiretta avrebbe costituito una violazione dell'obbligo costituzionale gravante sul legislatore di dare attuazione al diritto condizionato a trattamenti sanitari. La Corte non accolse la prospettazione del giudice rimettente, osservando che le norme regionali avevano ammesso al regime di assistenza indiretta *alcuni servizi* erogabili all'assistito per la cura della sua patologia (una forma di sclerosi multipla grave la cui cura, secondo il giudice rimettente, non era caratterizzata da assoluta urgenza): le consulenze sul programma terapeutico-riabilitativo e interventi specifici con esclusione di prestazioni aventi carattere di continuità e prolungate nel tempo. Quanto poi al prospettato vizio di irragionevolezza della esclusione di prestazioni di quest'ultimo tipo, la Corte giudicò non manifestamente irragionevole tale esclusione, "tenuto conto del rilevante onere finanziario connesso alla fruizione di queste ultime prestazioni presso strutture esterne al servizio sanitario, non convenzionate con quest'ultimo, e alla contestuale possibilità di poter fruire delle medesime prestazioni presso le strutture del servizio sanitario nazionale o quelle convenzionate" (possibilità che tuttavia non sussisteva nel caso pendente davanti al giudice *a quo*, n.d.a.).

⁸⁶ Dopo avere escluso la manifesta irragionevolezza della normativa censurata, la Corte osservò: "nel caso in cui la disabilità dovesse comportare esigenze terapeutiche indifferibili (caso che, a detta del giudice *a quo*, non corrisponde a quello sottoposto al suo esame), il nucleo essenziale del diritto alla salute sarebbe salvaguardato da quelle disposizioni di legge che legittimano il ricorso a forme di assistenza indiretta, anche all'estero, nelle ipotesi in cui le strutture del servizio sanitario, incluse quelle convenzionate, non fossero in grado di assicurare un tempestivo intervento sanitario, reso indifferibile dalle condizioni di salute della persona bisognosa di prestazioni riabilitative".

legislazione vigente rilevante per la controversia pendente davanti al giudice *a quo*, così come interpretata dalla giurisprudenza comune; se tuttavia non lo fosse stata, la Corte lasciò presumere che avrebbe accolto le questioni di legittimità costituzionale sollevate, in relazione a questo profilo, dagli organi giurisdizionali nei confronti delle leggi recanti la disciplina dell'assistenza sanitaria affidata al servizio sanitario nazionale.

Il nuovo significato presumibilmente attribuito dalla Corte all'enunciato dell'art. 32, comma 1, della Costituzione – tendente, lo si ripete, da un lato a ravvisare in quella disposizione un mandato al legislatore a tutelare la salute degli individui avvalendosi di un sistema sanitario organizzato sulla base di un temperamento di interessi costituzionalmente rilevanti, dall'altro a ricavare da essa il fondamento del diritto a ottenere prestazioni urgenti, indispensabili per la cura di gravi stati patologici, e insostituibili (e del corrispondente diritto a ottenerne il rimborso nel caso in cui il servizio sanitario non fosse stato in grado di renderle) – non fu più stato messo in discussione successivamente dalla Corte costituzionale, la quale tuttavia ebbe occasione di precisarne la portata su sollecitazione del giudiziario.

Ancora una volta, infatti, la giurisprudenza costituzionale aveva offerto agli organi giurisdizionali comuni argomenti per ricavare dal diritto alla salute riconosciuto dalla Costituzione situazioni giuridiche soggettive incompressibili da parte degli organi legislativi e amministrativi⁸⁷. Nel giro di breve tempo, i giudici invitarono la Corte a pronunciarsi sulla

⁸⁷ Quanto appena sostenuto nel testo necessita una puntualizzazione. Si è già ricordato che, poco tempo prima dell'adozione della s. n. 304/1994, nella giurisprudenza della Cassazione si erano manifestati orientamenti volti ad assicurare alle aspettative dei singoli forme di tutela ulteriori a quelle previste legislativamente e predisposte amministrativamente, quando queste ultime si fossero rivelate inadeguate a consentire l'accesso a prestazioni sanitarie indifferibili e indispensabili per la cura di gravi stati patologici (v., *retro*, nota 86). Quegli stessi orientamenti iniziali – che avevano escluso che la limitazione dell'assistenza farmaceutica alle sole manifestazioni morbose di maggiore incidenza sullo stato di salute determinasse un sacrificio del diritto fondamentale previsto dall'art. 32 Cost., “*nel suo contenuto essenziale*”

legittimità costituzionale di discipline normative che, in vari modi, ponevano limiti a quel diritto.

Era questo il caso della disciplina che regolava l'accesso delle cure dei cittadini italiani presso strutture situate fuori dal territorio italiano. Il passaggio della motivazione della s. n. 304/1994 prima ricordato non aveva fornito indicazione alcuna in relazione alla situazione in cui l'esigenza di ricevere cure indispensabili e indifferibili si fosse manifestata all'estero. È noto che la materia non era priva di disciplina normativa. Innanzitutto, la legislazione vigente all'epoca in cui si verificò il problema che originò il contenzioso nel quale fu sollevata la questione sottoposta alla Corte, impegnava lo Stato ad assumere l'onere di provvedere – direttamente o indirettamente – all'assistenza sanitaria dei cittadini italiani all'estero per tutto il periodo della loro permanenza al di fuori del territorio nazionale, purché si trattasse di persone che quivi svolgessero attività lavorativa (alla quale era equiparata la fruizione di borse di studio presso università o fondazioni straniere) e che non godessero, mediante forme di assicurazione obbligatoria o volontaria, di prestazioni di assistenza previste da leggi speciali o fornite dal datore di lavoro⁸⁸. L'ordinamento del tempo, in secondo luogo, prevedeva che i cittadini italiani già all'estero potessero accedere, per fare fronte a situazione di eccezionale gravità e urgenza, a prestazioni non ottenibili in forma adeguata alla particolarità del caso clinico da parte delle strutture afferenti al servizio sanitario nazionale⁸⁹. Nessuna indicazione normativa, invece, era prevista per i cittadini residenti in Italia che, recatisi all'estero per ragioni diverse dallo studio e dal lavoro, si fossero trovati in uno stato di salute così grave da necessitare cure immediate che, tuttavia, sarebbero state disponibili anche presso gli apparati del servizio sanitario nazionale.

– trovarono conforto nelle affermazioni formulate dalla Corte costituzionale nell'anzidetta decisione, la quale, come si è detto, ne potenziò e generalizzò la portata.

⁸⁸ Art. 37, L. n. 833/1978 e artt. 1, 2 e 3, D.P.R. n. 618/1980.

⁸⁹ Art. 3, comma 5, L. n. 595/1985.



Interpellata una prima volta sulla legittimità costituzionale della disciplina da ultimo richiamata, la Corte rigettò la questione dichiarandola manifestamente inammissibile, sulla base della considerazione che *“l’estensione richiesta, ove accolta, [avrebbe imposto] di definire condizioni, limiti e modalità di una ipotesi nuova di assistenza indiretta da dispensare all’estero, aspetti rispetto ai quali non [era] possibile individuare un’unica soluzione, ma che [avrebbero dovuto] formare oggetto di scelte affidate alla discrezionalità del legislatore ed eventualmente dell’autorità amministrativa”*⁹⁰.

È degno di annotazione il fatto che la Corte non si pose il problema se il *“contenuto essenziale del diritto alla salute”* potesse subire lesioni ad opera di una disciplina legislativa così configurata. L’indicazione che ne trasse la giurisprudenza, allora, fu che la garanzia costituzionale di quel diritto valesse soltanto nella misura in cui al suo titolare fosse stato negato, in via legislativa o amministrativa, l’accesso a prestazioni del genere anzidetto da parte delle strutture preposte al servizio sanitario.

Questa interpretazione del principio posto nella s. n. 304/1994 sembrò trovare conforto in due pronunce (s. n. 267/1998, s. n. 509/2000) con le quali la Corte costituzionale dichiarò l’illegittimità costituzionale di norme regionali che riconoscevano il rimborso per prestazioni ricevute in strutture diverse da quelle del servizio sanitario, soltanto nell’ipotesi nella quale l’accesso a tali strutture fosse stato autorizzato dall’amministrazione competente⁹¹. La Corte – il cui sindacato in entrambi i casi era stato attivato da giudici

⁹⁰ Corte cost., o. n. 78/1996.

⁹¹ In entrambe le pronunce il ragionamento della Corte seguì le argomentazioni espresse nella s. n. 304/1994. Limitandoci a richiamare passaggi della motivazione della s. n. 267/1998, si può osservare che la decisione, riaffermato che il diritto alla salute implicava *“il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la sua tutela”*, da un lato ribadì che esso era *“garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all’attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti”*, dall’altro confermò che *“il nucleo essenziale del diritto alla salute”* doveva *“ritenersi salvaguardato da quelle disposizioni di legge [...] che legittimano il ricorso a forme di assistenza indiretta nelle ipotesi in cui le strutture del servizio sanitario [...] non fossero in*

chiamati a decidere in merito a domande di rimborso presentate da soggetti che, a causa della gravità delle condizioni di salute e in ragione della indifferibilità degli interventi richiesti, non avevano chiesto l'autorizzazione prescritta per accedere a prestazioni non fruibili presso strutture sanitarie pubbliche o private convenzionate – non si limitò peraltro a riconoscere la lesione del contenuto minimo della salute ad opera delle norme censurate⁹². Essa si premurò anche di suggerire ai legislatori regionali “*la soluzione costituzionalmente corretta*”, individuandola in quella che prevedesse, limitatamente alle ipotesi suddette, “*il differimento della verifica sui presupposti sostanziali, nonché di gravità ed urgenza che [avevano] impedito la preventiva richiesta di autorizzazione alla prestazione sanitaria, ad un momento successivo all'erogazione della prestazione stessa*”⁹³.

Come il dialogo tra Corte e legislatore, così anche quello tra la prima e gli organi giurisdizionali continuò negli anni successivi. Sul finire del secolo, il giudice delle leggi dichiarò illegittime le norme che riconoscevano l'assistenza indiretta per i cittadini italiani che si fossero trovati in altri Paesi per motivi di lavoro o di studio, nella parte in cui non prevedevano in favore di cittadini italiani all'estero, non appartenenti alle categorie di

grado di assicurare un tempestivo intervento sanitario, reso peraltro indifferibile dalle condizioni di salute della persona bisognosa di prestazioni di cura”.

⁹² A giudizio del giudice delle leggi, le norme legislative regionali censurate “*escludendo, senza giustificazione, in modo assoluto ed indifferenziato ogni ristoro delle spese in tutti i casi nei quali l'assistito non abbia preventivamente chiesto l'autorizzazione per accedere all'assistenza indiretta, senza contemplare alcuna deroga, neppure qualora ricorrano particolari condizioni di indispensabilità, di gravità ed urgenza non altrimenti sopperibili [non assicuravano] l'effettiva tutela della salute e [vulneravano] la garanzia dell'art. 32 della Costituzione, ponendosi altresì in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, perché [realizzavano] una soluzione intrinsecamente non ragionevole*”.

⁹³ “*In questo modo*” – continua la decisione – “*si permette egualmente un adeguato bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti, evitando, da un lato, carenza di tutela proprio nei casi in cui appare più grave il rischio per il bene primario della salute e non alterando, dall'altro lato, i criteri di fondo che regolano il riparto tra regime di assistenza diretta e regime di assistenza indiretta*”.



beneficiari indicati dalla legge, e che versassero in disagiate condizioni economiche, forme di assistenza sanitaria gratuita da stabilirsi dal legislatore⁹⁴.

Con questa decisione dalla struttura assai complessa⁹⁵, la Corte non garantì il “nucleo essenziale del diritto alla salute” di tutti gli italiani che si fossero trovati all'estero, ma soltanto di coloro tra quelli che fossero stati in condizione di indigenza. La s. n. 309/1999 segnò comunque un'estensione della garanzia considerata ricavabile dall'art. 32 Cost.: da allora in poi, sino quando il legislatore non avesse adottato una nuova disciplina coerente con la decisione della Corte, i cittadini italiani all'estero, purché indigenti, avrebbero potuto accedere alle cure indispensabili rese urgenti dallo stato di grave malattia, beneficiando delle medesime forme di copertura assicurate dalla legge nazionale per i lavoratori e gli studenti all'estero. Quanto alla individuazione dei criteri mediante i quali definire lo stato di indigenza, in assenza di indicazioni esplicite da parte della legislazione vigente, essi sarebbero dovuti essere trovati dalle amministrazioni e dagli organi giurisdizionali, questi ultimi quando fossero stati investiti delle domande di accedere al rimborso per le spese sostenute.

9. L'ACCESSO A PRESTAZIONI SANITARIE TRA ORGANI LEGISLATIVI, AMMINISTRATIVI, GIURISDIZIONALI E CORTE COSTITUZIONALE. BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La pronuncia da ultimo esaminata è interessante per ragioni che esulano dalla soluzione che la Corte diede alla specifica questione sottoposta, e che investono il fondo del tema preso in considerazione nel presente studio. Nella s. n. 309/1999, infatti, la Corte si affacciò,

⁹⁴ Corte cost., s. n. 309/1999.

⁹⁵ Come fu subito notato in dottrina. V., ad es., Principato, Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?, in Giur. cost., 1999, 2508.



sia pure escludendo di doversene fare carico⁹⁶, sui problemi implicati dalla determinazione degli elementi contenutistici (quis, quid, quantum, quomodo) del diritto alle cure oggetto di garanzia costituzionale.

Si tratta di problemi la cui soluzione, come la Corte stessa sembrò riconoscere, è naturalmente perfettibile dal punto di vista tecnico e, si può aggiungere, è sempre insoddisfacente rispetto ai principi di giustizia.

Quanto appena detto è massimamente vero per le scelte compiute in materia dagli organi legislativi. Si pensi, ad esempio, alla problematica individuazione della categoria degli indigenti ai quali la Costituzione assicura cure gratuite. Come fu osservato nella decisione appena ricordata, la *“nozione di indigenza utilizzata nell’articolo 32, e che in una recente sentenza è stata fatta coincidere con quella di insufficienti disponibilità economiche (sentenza n. 185 del 1998), non possiede un significato puntuale e sempre identico a se stesso”*. Preso atto di ciò, la Corte esclude di potere determinare con propria sentenza *“i limiti di reddito o i tetti patrimoniali al di sotto dei quali le condizioni economiche di una persona siano da ritenere insufficienti a fronteggiare le esigenze terapeutiche, anche perché i criteri di cui il legislatore può far uso per determinare il contenuto di tale nozione possono variare a seconda della maggiore o minore onerosità di una cura”*. È evidente che queste parole furono spese dalla Corte per tracciare la difficile linea di confine tra i compiti ad essa assegnati dalla Costituzione e quelli dalla medesima attribuiti agli organi di indirizzo politico. In riferimento a questi ultimi, tuttavia, i passaggi della motivazione

⁹⁶ La Corte infatti affermò: *“Una volta rilevato che nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti nella disciplina censurata non può essere ignorata la posizione delle persone a favore delle quali la garanzia costituzionale è posta dall’articolo 32 con il massimo di cogenza, questa Corte non può procedere oltre. Esulerebbe dalla sfera della giustizia costituzionale definire nei dettagli i presupposti soggettivi, le condizioni oggettive, i modi, le procedure e le forme nelle quali il diritto degli indigenti deve realizzarsi. Si tratta infatti di valutazioni alle quali non sono estranei margini di discrezionalità apprezzabili solo dal legislatore”*.



esprimono anche il riconoscimento della complessità tecnica connessa a qualsiasi operazione volta a determinare, in via generale, i parametri in base ai quali ammettere alla gratuità delle cure i soggetti portatori di una domanda di assistenza sanitaria. Esse, ad un tempo, lasciano trasparire la consapevolezza dello scarto che può realizzarsi (e che normalmente si realizza) tra le soluzioni tecniche adottate e le scelte etico-politiche che le prime sottendono.

Considerazioni analoghe possono farsi con riguardo alla individuazione delle cure che i cittadini indigenti hanno diritto di vedersi erogate gratuitamente. A questo riguardo, la Corte notò che *“il valore espresso dall’articolo 32 della Costituzione, nel suo puntualizzarsi in un diritto fondamentale del cittadino, può assumere accentuazioni diverse e graduate che dipendono anche dalla gravità della patologia e dall’entità dei rischi connessi al differimento della terapia”*. Di qui l’osservazione che: *“[i]n molte ipotesi imporre l’onere del rientro in Patria può non significare negare il diritto del non abbiente; per converso, il confine tra il diritto alla cura immediata e il diritto all’integrità della persona può risultare in concreto assai labile, e il contenuto dell’un diritto può confondersi, in casi estremi, col contenuto dell’altro fino anche a risolversi nel diritto alla vita”*. Anche in questo caso, dalle parole della sentenza sembra emergere, da un lato, il riconoscimento del delicato intreccio tra considerazioni etico-politiche e considerazioni tecniche che si realizza quando il legislatore predetermina in via astratta i contenuti del diritto alla salute, dall’altro, la consapevolezza che le soluzioni infine accolte possono rivelarsi non adeguate sotto entrambi i profili.

A ben vedere, analoghe criticità si pongono anche per l’organo investito del compito di sindacare le soluzioni legislative concretamente adottate e per gli organi istituzionalmente chiamati ad applicarle. Diverso, però, è il momento in cui i giudici e la Corte costituzionale affrontano tali problemi, e diverse sono le finalità in vista delle quali essi devono scioglierli:



da un lato, infatti, gli organi giurisdizionali e il giudice delle leggi intervengono quando vi è già stata una determinazione legislativa, della quale essi accertano in concreto l'adeguatezza o meno rispetto ai casi della vita; dall'altro lato, gli uni e l'altro non hanno il compito di compiere scelte sistematiche in ordine alle forme di tutela della salute da riconoscere ai singoli, ma, rispettivamente, quello di inverare le regole stabilite dal legislatore in giudizi promossi da quei singoli per ottenere quelle (o altre) forme di tutela, e quello eventualmente di correggerle perché contrarie a Costituzione⁹⁷.

Tenendo presente quanto appena detto, si spiegano in parte le tensioni che, durante la storia costituzionale repubblicana, si sono create tra organi legislativi, amministrativi, giurisdizionali e Corte costituzionale sul punto della definizione dei contenuti da dare al diritto a prestazioni sanitarie⁹⁸. Talvolta, tali tensioni furono generate da una diversa valutazione dei fini e dei valori che gli operatori giuridici volevano realizzare con l'approvazione, l'applicazione e in generale l'utilizzazione delle norme giuridiche costituzionali e legislative concernenti la tutela della salute degli individui. Altre volte, invece, quelle tensioni sorsero perché le dinamiche della vita reale avevano mostrato, in singoli casi concreti, l'inadeguatezza del sistema normativo rispetto a fini e valori, pur

⁹⁷ Al fine di tutelare un diritto soggettivo perfetto di rango costituzionale o, più comunemente, al fine di assicurare un ragionevole e corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco ad opera del legislatore. In questo secondo caso, come è stato osservato, *“il problema [del rapporto tra Costituzione e legislazione] si sposta sui limiti del controllo e sugli spazi di discrezionalità che restano riservati al legislatore”* (Luciani, Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale, in Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2001, 67).

⁹⁸ E, forse, si spiega perché oggi come ieri continuano a non essere sciolte le due diverse prospettive compresenti nella stessa giurisprudenza costituzionale avutasi in materia, oscillante *“tra il conferimento al legislatore di uno spazio discrezionale di enorme ampiezza (temperato soltanto dal limite dell'illegittimità dell'assenza di qualunque tutela e da quello dell'incomprimibilità del contenuto minimo del diritto) e la valorizzazione del principio di eguaglianza”* (così Luciani, Brevi note sul diritto alla salute, op. cit., 67, prendendo in considerazione la giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta).



condivisi, che erano stati posti a fondamento dello stesso⁹⁹. L'esistenza di simili tensioni non necessariamente è un male e, comunque, non sembra evitabile¹⁰⁰: la prestazione sanitaria, infatti, è la propaggine più avanzata del diritto alla salute, e proprio perché avanzata è sottoposta ai condizionamenti della contingenza, tanto a livello legislativo e amministrativo, quanto a livello giudiziario.

⁹⁹ V. Pezzini, Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel Servizio Sanitario, in Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute*, op. cit., 56-58.

¹⁰⁰ Tra le istituzioni repubblicane, alle quali l'art. 32 Cost. affida la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, si instaura un confronto continuo in ordine alle decisioni ultime sulle scelte terapeutiche. Così è accaduto, ad esempio, nel noto caso dell'accesso al multitrattamento Di Bella, sul quale la Corte fu chiamata a pronunciarsi in ben quattro occasioni: s. n. 185/1998, s. n. 121/1999 (sulle quali, v. Pezzini, op. ult. cit., 45-51), o. n. 188/2000, o. n. 279/2003. Così è accaduto, ancora, in relazione alla rimborsabilità di cure urgenti e indifferibili somministrate all'estero, in centri non di altissima specializzazione, a favore di cittadini non indigenti: v., da ultimo, Corte cost., s. n. 354/2008.

