

OSSERVATORIO DI DIRITTO SANITARIO
23 NOVEMBRE 2016

Cure oltre lo Stato: l'effettività del
diritto alla salute alla luce del d. lgs.
n. 38 del 2014

di Nicola Posteraro

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Roma Tre



Cure oltre lo Stato: l'effettività del diritto alla salute alla luce del d. lgs. n. 38 del 2014*

di Nicola Posteraro

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Roma Tre

Sommario: 1. Premessa. 2. Il diritto a ottenere il rimborso delle spese sostenute. 3. I problemi dell'assistenza sanitaria indiretta sul piano pratico. 4. La necessaria previa autorizzazione. 4.1. L'interesse al rimborso. 5. I casi in cui è richiesta l'autorizzazione. 6. I casi in cui l'autorizzazione deve essere negata. 7. Il potere dell'amministrazione. 8. Il procedimento per richiedere l'autorizzazione. 9. Conclusioni.

1. Premessa

Con legge di delegazione 6 agosto 2013, n. 96¹, il Parlamento italiano ha autorizzato il governo ad emanare il decreto legislativo di attuazione della Direttiva europea 2011/24/UE concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera².

Tale direttiva, che si è accostata alla prima disciplina sul tema, contenuta nel regolamento CE n. 883 del 29 aprile 2004 (ancora in vigore³), tenuto conto del fenomeno del cd. turismo sanitario⁴, ha mirato ad

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Recante «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione Europea – Legge di delegazione europea 2013».

² Cfr. A. PIOGGIA, L'assistenza sanitaria transfrontaliera, in Libro dell'anno del diritto, 2015, trecanni.it.

³ Tale regolamento, in vigore dal maggio 2010, ha sostituito il precedente Regolamento CEE del Consiglio, n. 1408 del 14 luglio 1971. Il Regolamento CE n. 883/2004 garantisce che gli assicurati — principalmente i lavoratori — non perdano la loro protezione sociale, qualora si spostino in un altro Stato membro dell'UE, dello SEE o della Svizzera Esso, inoltre, assicura anche le prestazioni sanitarie che, durante un soggiorno temporaneo, siano ritenute necessarie dal punto di vista medico (cure urgenti). Accanto a tali eventualità, e allo scopo di garantire cure tempestive ed adeguate, il regolamento sancisce il diritto, per un cittadino dell'Unione, di ottenere assistenza in un altro Stato membro: l'erogazione delle prestazioni, tuttavia, è sottoposta a previa autorizzazione; il paziente non deve anticipare i costi della prestazione, che sono, invece, corrisposti direttamente dall'ente che ha rilasciato l'autorizzazione, anche quando siano superiori alle tariffe nazionali. F. PITTAU, *Trasferimento per cure all'estero e applicazione delle convenzioni internazionali*, in *Sanità pubblica*, 1991, 731 ss. Sui rapporti tra direttiva e regolamento, sia consentito rimandare a N. POSTERARO, *Assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia e rimborso delle spese sostenute*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2016, 489 e ss.

⁴ J. C. HENDERSON, *Healthcare Tourism in Southeast Asia*, in *Tourism Review International*, 2004, 111 ss. ha parlato di turismo sanitario come di un fenomeno che include diverse sottocategorie: quella dell'*illness* (*check-up*; *screening*; chirurgia per interventi urgenti; trapianti, servizi di odontoiatria); quella del *wellness* (agopuntura, massaggi, bagni termali); quella dell'*enhancement* (chirurgia plastica estetica); quella della *reproduction* (trattamenti per la fertilità, procreazione assistita). Tale classificazione è quella che oggi, ancora, si è soliti considerare come valida. Si cfr. J. HEULIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *La libertad de circulación de los enfermos en la Unión Europea: del turismo sanitario al reintegro de gastos*, in *Derecho y Salud*, 2011, 21, 85. Rilevato l'incremento del fenomeno di c.d. scelta del diritto (sullo

agevolare l'accesso a un'assistenza sanitaria transfrontaliera sicura e di qualità, promuovendo la cooperazione tra gli Stati membri in materia di assistenza sanitaria⁵.

Il 28 febbraio 2014, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute e del Ministro per gli affari europei, ha approvato (in ritardo..) il testo del decreto legislativo di recepimento, poi pubblicato il 24 marzo 2014.

In linea generale, il decreto di recepimento ricalca le disposizioni contenute nella direttiva. Ad una prima lettura sembra che le ultime regole assicurino maggiore pienezza ed effettività al diritto alle cure transfrontaliere (e, quindi, al diritto alla salute, di cui il primo costituisce ramificazione); ciò in quanto, come si vedrà, esse apprestano meccanismi atti a renderlo meno condizionato e finalizzati a supportare il paziente nelle proprie scelte. Un'analisi più approfondita, però, sembrerebbe mostrare il contrario.

studio della quale, si rimanda a M. GNES, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 2004 e ID., *Il turismo sociale tra scelta ed abuso del diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1082. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, 510), il legislatore europeo ha deciso di intervenire per regolare il turismo sanitario a tutela e garanzia dei cittadini (si cfr. R.G. RODIO, *La libertà di circolazione e le garanzie di giustizia*, in *La libera circolazione delle persone nella prospettiva del processo europeo di integrazione, atti della IV Conferenza Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, Bari-Olsztyn, 2006, 41 ss.; L. AZZENA, *L'integrazione europea attraverso i diritti*, Torino, Giappichelli, 1998, 128 ss.), nonché in attuazione della loro libera circolazione (tale libertà, come rilevato da G. URBANO, *Diritto alla salute e cure transfrontaliere. Profili di diritto interno e comunitario*, Torino, Giappichelli, 2009, 241, si colloca nell'ambito più ampio della tutela dei diritti fondamentali. Cfr. anche A. BONOMO, *La libera circolazione dei malati*, in *Giust. Civ.*, 1998, 2385 ss.).

⁵ Si cfr. paragrafo 1, articolo 1, rubricato « *Oggetto e ambito di applicazione*», collocato nel Capo I, rubricato « *Disposizioni generali*». Il tema delle cure transfrontaliere è stato oggetto di numerose pronunce della Corte di Giustizia Europea: essa ha offerto varie interpretazioni delle norme del Regolamento e ha verificato la compatibilità, col Trattato, di quelle interne introdotte dagli Stati membri. Per una completa disamina delle principali sentenze pronunciate dalla Corte sulla libertà di circolazione e sul rimborso delle spese sanitarie, cfr. A. SANTUARI, *Profili giuridici di tutela del paziente e diritto alla mobilità sanitaria. Opportunità e vincoli finanziari*, in *giustamm.it*, gennaio 2015, 26 e ss. Proprio tenuto conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte e della forte incidenza della circolazione dei pazienti le istituzioni dell'Unione hanno spinto per l'armonizzazione dei diritti nazionali. Nel settembre del 2006, la Commissione ha iniziato un procedimento di consultazione sulla compatibilità tra le scelte individuali e la sostenibilità economica e organizzativa della libera circolazione dei pazienti in Europa. Ne è emersa la necessità di precisare le procedure e le condizioni di cura, di individuare chiaramente le competenze, nonché di predisporre regole per l'accertamento di responsabilità per errori o omissioni. La procedura di consultazione si è conclusa nel gennaio 2007 ed è stata seguita, prima, dalla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, del luglio 2008, poi, dalla direttiva definitiva (c.d. direttiva pazienti), approvata nel marzo del 2011. Per una disamina completa, si vedano: L. PRUDIL, *Implementation of the Directive 2011/24/EU in the Czech Republic*, in *European Journal of Health Law*, 2014, 15 ss.; M. KATTELUS, *Implementation of the Directive on the Application on Patient's Rights in Cross - border Healthcare (2011/24/EU) in Finland*, in *European Journal of Health Law*, 2014, 23 ss.; M.A. REQUEJO, *Cross - border Healthcare in Spain and the Implementation of the Directive 2011/24/EU on the Application of Patient's Rights in Cross - border Healthcare*, in *European Journal of Health Law*, 2014, 79 ss.; L.M.H. BONGERS e D.M.R. TOWNEND, *The Implementation of the Directive on the Application of Patients' Rights in Cross - border Healthcare in the Netherlands*, in *European Journal of Health Law*, 2014, 65 ss.; M. SCHWEBAG, *Implementation of the Cross - border Care Directive in EU Member States: Luxembourg*, in *European Journal of Health Law*, 2014, 56 ss.; S. OLSENA, *Implementation of the Patients' Rights in Cross - border Healthcare Directive in Latvia*, in *European Journal of Health Law*, 2014, 46 ss.; T. VIDALIS e I. KYRIAKAKI, *Cross - border Healthcare: Directive 2011/24 and the Greek Law*, in *European Journal of Health Law*, 2014, 33 ss.

In questo contributo, quindi, si cercherà di verificare come e quanto incida il nuovo assetto normativo sull'esercizio del diritto alla cura oltre lo Stato; più nel dettaglio, si procederà tramite uno studio dettagliato del capo III del decreto n. 38/2014, che regola il rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera⁶.

2. Il diritto a ottenere il rimborso delle spese sostenute

Anzitutto, l'Italia, tenendosi in linea con la regola dettata in via generale dalla direttiva, non subordina lo spostamento (e, meglio, la copertura del costo economico che tale spostamento comporta) ad una autorizzazione preventiva⁷: il privato, cioè, liberamente recatosi altrove, può sempre ottenere, al suo ritorno (presentando semplice domanda all'ASL di riferimento, entro sessanta giorni dall'erogazione della prestazione) il rimborso delle spese che ha sostenuto nel momento in cui ha esercitato tale suo proprio diritto di scelta del luogo di cura⁸.

A fronte di ciò, si può affermare che l'amministrato-paziente vanta sempre, quindi, non solo un diritto soggettivo alle cure transfrontaliere, ma, contestualmente, anche un diritto soggettivo al rimborso delle spese sostenute, cui corrisponde uno speculare obbligo giuridico dello Stato (rectius, della regione cui il paziente afferisce) di corrispondere il *quantum* dovuto⁹.

Per quanto possa valere, dopotutto, è lo stesso tenore delle norme a deporre favorevolmente per questa qualificazione dell'interesse vantato dal singolo: l'articolo 6 del decreto specifica che le persone assicurate in Italia «hanno diritto al rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera»; l'art. 10, a sua volta, precisa che, a fronte della richiesta di rimborso avanzata dalla persona assicurata, l'Asl «dovrà corrispondere» il rimborso al richiedente nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della stessa. Quest'ultima espressione, in particolare, sembra confermare la qualificazione suddetta: la legge non specifica nulla rispetto a come l'ASL dovrà valutare la domanda di rimborso presentata dal privato. E ciò in quanto l'amministrazione non dovrà esercitare alcun tipo di potere amministrativo; semplicemente, essa dovrà adempiere il proprio obbligo di rimborso soddisfacendo l'interesse vantato dal singolo (nei limiti del tetto

⁶Il quale ultimo è rubricato, appunto, «Rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera».

⁷Cfr. articolo 7, paragrafo 8.

⁸Allegando originale della certificazione medica e la fattura in originale emessa dal pestatore di assistenza sanitaria (cfr. articolo 10, comma 10).

⁹Sui rapporti tra diritto soggettivo e obbligo, cfr. A. M. SANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1989, 87 e ss. Si tratta, quindi, di un vero e proprio *entitlement* (Cfr. R. PEREZ, *La finanza*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2012, 214). Il diritto alla salute, di per sé, non assicura solo libertà (*freedom*), ma anche diritti (*entitlements*). Le libertà includono il diritto di controllare la propria salute e il proprio corpo e il diritto ad essere liberi da interferenze (come il diritto ad essere liberi da trattamenti sanitari extra-consensuali e da sperimentazioni); gli *entitlements* includono il diritto a un sistema di protezione della salute che fornisca alle persone pari opportunità di godere delle «migliori condizioni di salute raggiungibili».

massimo rimborsabile, di cui *infra*) emanando (si può affermare) un mero atto paritetico¹⁰. È chiaro quindi che, alla luce di quanto suddetto, l'amministrato, laddove voglia impugnare l'atto di diniego che la pubblica amministrazione eventualmente avrà rilasciato a fronte d'una sua avanzata domanda di rimborso delle spese sostenute, dovrà necessariamente rivolgersi al giudice ordinario, in quanto si opporrà ad un vero e proprio inadempimento del debitore¹¹. Così, potrà concretamente esperire un'azione di accertamento e, contestualmente, chiedere la condanna dell'amministrazione ad adempiere¹².

Questa è la principale differenza rispetto al regolamento CE n. 883/2004, il quale ultimo, tranne casi eccezionali, richiedeva (e richiede) sempre il previo esercizio del potere autorizzatorio da parte dell'amministrazione.

La novità si presta a determinare, quindi, quantomeno in linea teorica, una tutela piena ed effettiva del diritto alle cure transfrontaliere, il quale ultimo, in tal senso, non è assoggettato alla decisione previa dell'amministrazione, ma si presenta incondizionato e sempre esercitabile da parte dell'interessato: questi, infatti, sa che, al suo ritorno, potrà contare sul rimborso delle spese che avrà sostenuto nel paese di cura prescelto.

Tuttavia, occorre fin da subito precisare che, per quanto presentata come regola generale, quella del diritto al rimborso subisce una serie di eccezioni in casi delineati dalla legge in termini a volte molto generali (vd. *infra*). Ciò, di fatto, impedisce di qualificarla come regola generale anche in senso effettivo, dal momento che all'amministrazione residua la possibilità di subordinare ad autorizzazione molte delle ipotesi in cui si ritenga di usufruire di cure all'estero (come si chiarirà più avanti).

3. I problemi dell'assistenza sanitaria indiretta sul piano pratico

Questo tipo di rimborso "sempre dovuto" è correlato, però, ad un sistema di assistenza sanitaria cd. indiretta, in base al quale tale copertura delle spese viene corrisposta, all'interessato, solo ex post, nel

¹⁰Nulla osta al riconoscimento di un diritto soggettivo in costanza di un procedimento amministrativo che non richieda (e cui non consegua) l'esercizio di un potere: lo schema procedimentale, infatti, è assolutamente compatibile con tale situazione giuridico-soggettiva; siffatta fase, in concreto, serve semplicemente a far sì che la p.A., pur non esercitando alcun tipo di potere, possa correttamente applicare le norme astratte ai fatti concreti. Sull'atto paritetico, A. M. SANDULLI, Manuale, cit., 426 e ss.

¹¹*Contra*, Corte Cass., sez. un., 10 novembre 1992, n. 12099, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, secondo cui: «la controversia introdotta dall'assistito dal servizio sanitario nazionale che, in relazione e prestazioni ospedaliere ricevute all'estero e preventivamente autorizzate, pretenda il rimborso dell'intero ammontare delle spese sostenute, anziché solo di una percentuale di esse secondo la previsione normativa regionale (...), attiene ad una posizione di interesse legittimo, al corretto esercizio del potere autorizzatorio dell'ente regionale». Nello stesso senso, Cass. Civ., 27 dicembre 1990, n. 12166, in *Giust. civ. Mass.*, 1990.

¹²Lo stesso discorso vale qualora l'amministrato non contesti l'inadempimento in sé, bensì, la sua inesattezza (ipotesi che si verifica laddove l'amministrazione rimborsi all'amministrato meno di quanto in astratto dovuto): semplicemente, in questa ultima ipotesi, si rivolgerà al giudice ordinario per contestare *quantum* dovuto dall'amministrazione.

momento in cui questi, curatosi altrove, torni in patria. Ciò vuol dire che il singolo paziente dovrà necessariamente anticipare i costi da sostenere, nel momento in cui deciderà di esercitare il proprio diritto alle cure transfrontaliere, non potendo affatto contare su una effettiva previa copertura delle spese da parte del suo stato di appartenenza.

A ben vedere, nel caso del regolamento, invece, il privato, seppure costretto a chiedere sempre la previa autorizzazione prima di spostarsi all'estero, non doveva (e non deve) anticipare alcun tipo di spesa: in queste ipotesi, infatti, si applica il sistema dell'assistenza sanitaria diretta, in base al quale spetta allo Stato di appartenenza, in concreto, dialogare con lo Stato di cura al fine di coprire le spese che questi andrà a sostenere per guarire il suo cittadino. Il paziente autorizzato, cioè, si limita a recarsi nel paese di cura prescelto, senza dover anticipare nulla (e senza neppure incorrere nel rischio di dovere pagare la differenza esistente tra costo della prestazione all'estero e costo della prestazione in Italia, visto che, a mente delle norme del regolamento, la copertura delle spese da parte dello Stato di affiliazione deve essere totale)¹³.

Tale importante differenza consente di operare una ulteriore distinzione tra i due casi: nella prima ipotesi, applicando il decreto, lo Stato membro di affiliazione, lo Stato di cura e il singolo paziente non si pongono in una dialettica triangolare; la normativa, infatti, determina il sorgere di due rapporti bilaterali differenti, non connessi tra loro. Il primo rapporto si instaura tra il paziente e lo Stato membro di cura: esso nasce quando il soggetto giunge nel luogo prescelto e termina quando, portata a compimento la prestazione, egli torna nel suo paese di origine. Il secondo si instaura tra il paziente e lo Stato membro di appartenenza (*rectius*, di affiliazione) in capo al quale sorge l'obbligo di rimborsare le spese affrontate dal primo: tale obbligo si configura solo successivamente all'esecuzione della prestazione e sorge a favore del paziente, il quale dialoga direttamente con lo Stato di affiliazione, senza dover/poter più coinvolgere quello di cura. Diversamente, invece, si atteggia il rapporto nei casi che ricadono nell'ambito di applicazione del regolamento CE del 2004: qui, la necessaria previa autorizzazione vale davvero a rendere il rapporto di tipo triangolare; il singolo che espatria fa sorgere, contestualmente, in capo allo Stato di affiliazione, l'obbligo di pagare direttamente il costo della prestazione. È chiaro, quindi, che, grazie al provvedimento, le relazioni si intrecciano e valgono a condizionarsi reciprocamente. In questo caso, però, il paziente non vanta un diritto al rimborso, bensì, un diritto a non sostenere alcuna spesa. Infine, l'obbligo di spesa per

¹³ Il regolamento, in questo senso, è più favorevole, sul piano economico, della direttiva; e ancora più favorevole risulta essere se si tiene conto della formula *Vanbraekel* elaborata dalla CGUE (Si cfr. C. giust., 21 luglio 2001, in causa 368/98) con cui si è stabilito che un eventuale livello di copertura delle spese sanitarie in misura inferiore a quella risultante dall'applicazione della normativa vigente nello Stato membro di iscrizione implica, per non rappresentare un'ingiustificata restrizione al principio di libera prestazione dei servizi, la necessità di un rimborso supplementare in misura pari a tale differenza.

lo Stato membro di affiliazione non sorge in automatico, ma solo dopo che la p.A. abbia autorizzato: prima, infatti, non c'è un obbligo di rimborso (*rectius*, di copertura delle spese).

Tale sistema di assistenza indiretta adottato dal decreto, però, crea diversi problemi, a livello pratico; problemi che, come si vedrà, hanno l'effetto di limitare il diritto alla scelta del luogo di cura.

In primo luogo, non tutti possono essere nelle condizioni di anticipare i costi della prestazione. Perciò, alcuni pazienti potrebbero previamente rinunciare alla possibilità di esercitare il proprio diritto, posti nella condizione di non poter fronteggiare, da soli, le spese necessarie. Si consideri, poi, che il rimborso, ai sensi del decreto, non può comunque superare il costo che l'assistenza avrebbe comportato se fosse stata eseguita in Italia (in misura corrispondente alle tariffe regionali vigenti)¹⁴. Ciò vuol dire che il paziente potrebbe non ottenere la copertura totale delle spese, ma solo di una parte di esse. A maggior ragione, quindi, il diritto alle cure risulta essere limitato, se si tiene conto del fatto che, pur vantando un diritto soggettivo al rimborso, il paziente italiano sa che le spese non saranno rimborsate *in toto*.

La questione si complica se si considera che il paziente difficilmente può conoscere, *ex ante*, il prezzo della prestazione in un paese differente da quello di appartenenza. Non è scontato, infatti, che il Punto di contatto nazionale (organismo istituito ai sensi dell'art del decreto e cui è deputato l'obbligo di fornire informazioni) sappia rilasciare adeguate indicazioni all'interessato; gli stessi uffici del Ministero della salute, contattati ai fini di questo studio, hanno confermato tale difficoltà. Per tali motivi, il singolo, non conoscendo quale sia la somma da anticipare all'estero e la differenza esistente tra quanto dovrà spendere e quanto gli verrà rimborsato, si trova verosimilmente ad essere condizionato nella scelta¹⁵.

Inoltre, non è affatto chiaro che cosa accada, in concreto, se l'amministrazione, una volta ricevuta la richiesta, non sia in grado di rimborsare, in tutto o in parte, quanto dovrebbe. La legge tace, a questo proposito. Probabilmente, per garantire maggiore certezza, sarebbe opportuno determinare *ex ante* i casi in cui l'amministrazione possa/debba negare il rimborso oppure accordarlo in misura ridotta. Il diritto alla salute, altrimenti, rischia di diventare un diritto per soli ricchi.

Infine, il decreto stabilisce che i costi relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera sono rimborsati in misura corrispondente alle tariffe regionali vigenti¹⁶: tale assetto comporta disparità di trattamento, posto

¹⁴Cfr. articolo 8, rubricato «*Principi generali per il rimborso dei costi*», comma 3.

¹⁵ Come rilevato da A. PIOGGIA, L'Assistenza, cit., inoltre, le informazioni che il Punto di contatto fornisce "riguardano essenzialmente gli aspetti amministrativo burocratici delle procedure da seguire da parte di chi intenda recarsi all'estero per usufruire di cure mediche. Manca qualsiasi tipo di indicazione in ordine alle tipologie di prestazioni sanitarie fornite dalle strutture presenti negli altri Paesi. Per conoscerle e per verificarne l'utilità ai propri fini di cura il singolo cittadino dovrà attivarsi direttamente e con i propri mezzi, con il rischio di consistenti diseguaglianze derivanti dalla diversa capacità di accesso all'informazione disponibile in materia sanitaria e con una scarsa tutela dai rischi che possono derivare da una cattiva qualità dell'informazione in questo delicato ambito".

¹⁶Cfr. articolo 8, comma 3.

che una prestazione potrebbe essere rimborsata in modo differente a seconda che trattasi di paziente residente in una regione, ovvero in un'altra. Sarebbe più opportuno, quindi, introdurre un tariffario nazionale che, tenuto conto del prezzo medio delle prestazioni a fronte dei tariffari regionali, indichi il prezzo massimo rimborsabile per i diversi tipi di assistenza sanitaria: così, il prezzo di rimborso (di base) sarebbe eguale per tutti, a prescindere dalla provenienza geografica.

La libera scelta del paziente, inoltre, rischia di essere limitata a causa dell'esclusione, dalle somme rimborsabili, delle spese di viaggio e di alloggio sostenute dal curato¹⁷. Se è vero che, come affermato dalla Corte di Giustizia, le spese relative all'alloggio possono considerarsi parte integrante della cura, e quelle di viaggio e connesse all'eventuale tassa di soggiorno, pur non rivestendo carattere medico, né essendo in linea di principio pagate a favore di chi presta le cure, appaiono connesse con la cura stessa, in quanto quest'ultima implica, necessariamente, lo spostamento e il soggiorno *in loco* del paziente¹⁸, allora, plausibilmente occorre chiedersi se tale esclusione sia legittima¹⁹.

In verità, il decreto lascia alle regioni e alle province autonome la facoltà di rimborsare eventuali altri costi afferenti all'assistenza sanitaria²⁰. Anche una simile scelta, tuttavia, potrebbe creare disparità di trattamento, sul piano pratico: per tale motivo, quindi, si dovrebbe pensare all'eventualità di includere, a livello nazionale, nel rimborso, le spese di viaggio e alloggio. Quantomeno, il rimborso totale dovrebbe essere *ex lege* riconosciuto a persone riconducibili a particolari, e previamente determinate, categorie (es. appartenenti a famiglie disagiate, anziani in stato di bisogno, ecc.); e si dovrebbe contestualmente lasciare

¹⁷Ciò si deduce dall'articolo 8, comma 4, a mente del quale «è fatta salva per le regioni e le province autonome di rimborsare eventuali altri costi afferenti all'assistenza sanitaria transfrontaliera usufruita da una persona assicurata in Italia, quali le spese di viaggio, alloggio (...)». La stessa disciplina europea di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale non prescrive l'assunzione delle spese accessorie di viaggio e alloggio. Ma ciò non vale ad escludere che un eventuale obbligo in tal senso possa discendere direttamente dall'art. 56 del TFUE.

¹⁸Cfr. sent. Corte Giust. 18 marzo 2004, in causa n. C-8/02, *Leichtle*.

¹⁹Con la sentenza pronunciata nel caso *Watts*, i giudici hanno preso posizione in merito alla controversa questione, riconoscendo che la legislazione di uno Stato membro non può, senza violare i principi comunitari sulla libera circolazione, escludere l'assunzione delle spese accessorie affrontate da un paziente. Tuttavia, essi hanno specificato che tale principio vale a condizione che la stessa legislazione preveda l'assunzione di tali spese qualora il trattamento venga erogato in un istituto dello stesso sistema nazionale di appartenenza. Viceversa, uno Stato membro non è tenuto ad assumersi l'obbligo di rimborsare i costi accessori, quando un tale obbligo non esisterebbe se le spese fossero correlate ad un trasferimento all'interno del territorio nazionale. Cfr. sent. Corte Giust. 16 maggio 2006, in causa n. C-372/04, *Watts*.

²⁰Cfr. articolo 8, comma 4. La regione Abruzzo, con deliberazione della Giunta regionale del 23 maggio 2014, n. 439, recante «D.lgs. 4 marzo 2014, n. 38 - Direttiva 2011/24/UE concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera – Linee di indirizzo alle Aziende Unità Sanitarie Locali» (pubblicata sul Bur Abruzzo del 9 luglio 2014, n. 27) ha precisato che, in conformità con quanto previsto nella D.G.R. n. 831 del 18.11.2013 e tenuto conto anche del vigente regime di Piano di rientro dal disavanzo del settore sanità della regione Abruzzo, che implica per la regione il divieto di erogare prestazioni al di fuori dei Livelli Essenziali di Assistenza, la regione non possa farsi carico, analogamente a quanto stabilito in via generale, né della rimborsabilità di prestazioni che costituiscano LEA ulteriori regionali (art. 8, comma 1), né della rimborsabilità di altri costi afferenti all'assistenza transfrontaliera (spese di viaggio, alloggio, costi supplementari di persone con disabilità, ex art. 8, comma 4).

la possibilità, alla singola Asl (parametrandone in modo stretto il potere, rendendolo vincolato), di riconoscerlo anche ad ulteriori categorie di soggetti.

Altrimenti, lo Stato sociale, che dovrebbe assicurare maggiore giustizia e uguaglianza in senso sostanziale, rischia di dirigersi nella direzione opposta, producendo ingiustizie²¹.

4. La necessaria previa autorizzazione

Il legislatore italiano, rifacendosi alla direttiva, ha precisato espressamente che, comunque, in alcuni casi eccezionali, l'assistenza sanitaria transfrontaliera è assoggettata ad autorizzazione preventiva²².

Occorre capire, quindi, da un lato, se il sistema dell'autorizzazione incida sulla qualificazione dell'interesse alla scelta del luogo di cura vantato dal paziente (assicurato in Italia), oltre che su quello al rimborso delle spese sostenute; dall'altro, se i casi in cui è prevista l'autorizzazione siano legittimi, oppure risultino essere di ingiusto ostacolo alla libertà di circolazione.

Quanto al primo problema, l'interesse che dialoga direttamente col potere autorizzativo della p.A. è quello al rimborso delle spese di cura (che, nei casi di prestazione libera e non assoggettata a previa autorizzazione, è stato *supra* definito di diritto soggettivo): tale precisazione appare opportuna, visto che la giurisprudenza, spesso, nell'analizzare i rapporti tra potere autorizzativo della p.A. e interesse del privato alla luce della normativa previgente, sembra aver correlato gli effetti del primo al diritto alla scelta del luogo di cura, piuttosto che all'altro, consequenziale, diritto al rimborso²³.

²¹Problema che persiste da anni, in verità, e che era stato rilevato da S. CASSESE, *L'incompletezza del "Welfare State" in Italia*, in *Politica del diritto*, 1986, 253 ss. Si consideri, poi, che, pur essendo fatta salva per le regioni la possibilità di rimborsare, con proprie risorse, gli eventuali livelli di assistenza regionali ulteriori, i costi sostenuti da una persona assicurata in Italia che si è avvalsa dell'assistenza sanitaria transfrontaliera sono rimborsati se e nella misura in cui la prestazione erogata sia compresa nei Livelli Essenziali di Assistenza. Tenuto conto di tali specificazioni, sarà interessante capire come verrà applicata la normativa relativamente ad alcuni casi specifici come quelli dell'eutanasia, dell'aborto, della procreazione medicalmente assistita e della chirurgia estetica. Sul punto, se si vuole, N. POSTERARO, *Assistenza*, cit., 522 e ss.

²²Cfr. articolo 9, rubricato «*Assistenza sanitaria transfrontaliera soggetta ad autorizzazione preventiva*».

²³Sembra aver effettuato questa corrispondenza, recentemente, Cass. Civ., sez. un., 6 settembre 2013, n. 20577, in *Ragusan*, 2014, 357-358, 214, la quale ha riconosciuto la giurisdizione del G.O. affermando che l'autorizzazione ad effettuare cure incide sul diritto alla salute; sulla stessa scia, in precedenza, si era posta Cass. Civ., sez. un., 6 febbraio 2009, n. 2867, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, 186, la quale aveva riconosciuto l'incapacità del potere esercitato dalla p.A. di incidere sul diritto alla salute quale diritto indegradabile e inaffievolibile. Ancora prima, Cass. Civ., sez. un., 30 maggio 2005, n. 11333, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1682. La riconosciuta coincidenza tra gli interessi è chiara, poi, se si analizza la giurisprudenza che ha deciso della giurisdizione nei casi di urgenza terapeutica (nei casi, cioè, in cui il singolo, poiché bisognoso urgentemente di cure non effettuabili adeguatamente e tempestivamente in Italia, si fosse recato all'estero per guarire senza ottenere la necessaria previa autorizzazione richiesta dal regolamento): al sostanzinarsi di tali eventualità, i giudici hanno riconosciuto la presenza di un vero e proprio diritto soggettivo (fondamentale) alla salute, come tale non condizionato da un potere amministrativo autorizzativo della p.A. Da esso, poi, hanno fatto discendere la classificazione dell'interesse al rimborso quale vero e proprio diritto, così lasciando intendere che a) l'autorizzazione condiziona direttamente il primo; b) il secondo eredita i caratteri del primo, perché da esso strettamente dipende. Cfr. Cass. Civ., sez. un., 2 aprile 2002, n. 4647, in *Giust. civ. Mass.*,



In realtà, i due interessi vantati dal privato sono separati e restano distinti, anche laddove il paziente debba previamente interloquire con l'amministrazione, al fine di ottenere un'autorizzazione. Il potere che l'ente esercita, infatti, così per come viene strutturato dalla norma di azione, è un potere che condiziona, direttamente, solo l'interesse al rimborso delle spese che il privato potrà ottenere, *ex post*, dallo Stato italiano. E tale interesse va tenuto distinto da quell'altro, vantato dalla stessa persona assicurata, alla scelta del luogo presso cui farsi curare: quest'ultimo, infatti, resta garantito e non viene direttamente intaccato dalle decisioni assunte dall'amministrazione (tant'è che il comportamento del soggetto che, anche a fronte d'un diniego, espatri, non è illecito, né sanzionabile).

Quanto detto si rileva anche dalla lettura dell'art. 9 del decreto e dell'art. 8 della direttiva, in base ai quali ciò che viene sottoposto ad autorizzazione preventiva è proprio il rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera, e non anche il diritto a ottenere una prestazione altrove²⁴. Dopotutto, ad avallare questa prospettazione è la stessa collocazione della materia all'interno del Capo III di entrambi gli atti, i quali, infatti, recando la eguale rubrica «*Rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera*», lasciano intendere che l'attribuzione del potere e la regolazione del relativo procedimento amministrativo sono afferenti all'interesse al rimborso, e non anche al diritto alla scelta del posto presso cui guarire.

In altre parole, il singolo, prima di recarsi all'estero, si attiva non al fine di comprendere se potrà espatriare, bensì, con lo scopo di capire se, ad operazione compiuta, egli potrà ottenere (meglio, chiedere alla p.A. la corresponsione di) quanto speso. All'amministrazione, in altre parole, stando a questa strutturazione del potere, spetta semplicemente il compito di verificare se l'esercizio di tale diritto sia economicamente sostenibile da parte dello Stato sociale, una volta che esso sarà stato esercitato dal legittimo titolare²⁵.

Certo, la decisione dell'ente incide, indirettamente, sull'esercizio del diritto alle cure transfrontaliere (si pensi al caso di un privato che, a fronte d'un diniego, decida di non espatriare non potendo sopportare le spese senza successivo rimborso); ma ciò dipende solo dalle circostanze in concreto eventualmente ravvisabili e non è un principio che vale in generale al punto da poter condizionare la qualificazione della situazione giuridico-soggettiva coinvolta.

2002, 738. Allo stesso modo, TAR Campania, Napoli, sez. I, 22 ottobre 2007, n. 9815, in *Foro amm. TAR*, 2007, 10, 3178, secondo cui «*si verte in tema di diritto alla salute che non è suscettibile di affievolimento, tale restando anche di fronte al potere dell'Amministrazione pubblica*».

²⁴Essi precisano, rispettivamente, che «*il rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera è sottoposto ad autorizzazione preventiva*» e che «*lo Stato membro di affiliazione può prevedere un sistema di autorizzazione preventiva per il rimborso dei costi dell'assistenza transfrontaliera*».

²⁵Se così non fosse, si dovrebbe dire che l'autorizzazione è capace di limitare il pieno esercizio dell'interesse alla scelta del luogo di cura; e, però, se anche si volesse (per assurdo) concretamente assicurare ciò, si dovrebbe strutturare il potere in modo differente, al fine di renderlo davvero indispensabile e capace di inibire, nei limiti della legittimità, l'esplicazione di tale (personale, libera) scelta.

Si può affermare, infine, che, nel sistema di previa autorizzazione, così come in quello “regola”, su analizzato, manchi un vero e proprio rapporto triangolare tra il paziente e le amministrazioni nazionali coinvolte. Esistono, infatti, due rapporti bilaterali differenti. Il primo si instaura tra privato e p.A.; esso nasce quando l'amministrato presenta l'istanza e si esaurisce con la risposta dell'amministrazione. Il secondo rapporto, invece, successivo al primo, si instaura tra paziente e stato membro presso cui esso si reca per ottenere la prestazione. L'autorizzazione, cioè, non mette direttamente in contatto le due amministrazioni, né è condizione per l'instaurazione del secondo rapporto bilaterale: essa, infatti, servirà all'amministrato solo quando, al suo ritorno, tornerà a dialogare con l'amministrazione sanitaria di affiliazione e chiederà il rimborso delle spese sostenute.

4.1. L'interesse al rimborso

Occorre, a questo punto, cercare di capire come qualificare l'interesse al rimborso che il singolo vanta nei riguardi della p.A., laddove si trovi costretto a dover chiedere una previa autorizzazione.

A parere di chi scrive, ci si trova chiaramente dinanzi ad un classico interesse legittimo di tipo pretensivo²⁶, il quale, in tal senso, dialoga col potere autorizzatorio della p.a. e attende eventualmente di essere soddisfatto a seguito dell'esercizio del potere amministrativo²⁷. In questo caso quindi, laddove

²⁶ In altra occasione, avevo avuto modo di affermare che la qualificazione come diritto soggettivo vale anche per i casi in cui il privato si trovi a dover dialogare con l'amministrazione, prima di poter esercitare il suo diritto. In questa eventualità, infatti, mi pareva si potesse riesumare la categoria dei cd. diritti in attesa di espansione (cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene. Napoli, 1989), al fine di tipico configurare il provvedimento autorizzativo come capace, quando positivo, di determinare effetti ampliativi della sfera giuridica dell'interessato e di rimuovere il limite all'esercizio del diritto soggettivo di cui il soggetto è già titolare. Sulle conseguenze sul piano giurisdizionale di tale impostazione ora abbandonata, cfr. N. POSTERARO, *Assistenza*, cit., 516 e ss.

²⁷ Rilevava la giurisdizione del G.A., anche se con riferimento alla diversa normativa e discernendo dell'interesse a ottenere le cure e non di quello al rimborso, TAR Lazio, Roma, 6 giugno 2002, n. 680, in *Ragiusan*, 2002, 223-4, 258, secondo cui «*la controversia avente ad oggetto l'annullamento del diniego di autorizzazione ad effettuare cure sanitarie all'estero implica la valutazione della correttezza dell'esercizio del potere autorizzatorio dell'amministrazione sanitaria*». Sulla stessa scia, TAR Lazio, 17 ottobre 2005, n. 1071, in *Foro amm. TAR*, 2005, 10, 3240, secondo cui: «*la sussistenza di un potere autorizzatorio dell'autorità amministrativa degrada la posizione dell'interessato ad interesse legittimo*». In questo filone, si inserisce TAR Abruzzo, Pescara, 3 novembre 2007, n. 872, in *De Jure*, secondo cui: «*l'autorizzazione alle cure sanitarie all'estero costituisce estrinsecazione di un potere autoritativo qualificato*». Cfr. anche C.G.A.R.S., sentenza 5 gennaio 2012, n. 31, con cui il Collegio ha ritenuto che le richieste di autorizzazione «*(...) non integrano pretese di adempimento relativamente ad una obbligazione, ma pretese accoglibili solo a seguito di una valutazione dell'Amministrazione, dall'esito non scontato, nell'esercizio, dunque, di discrezionalità (ancorché tecnica e ancorché da esercitare con speciale scrupolo) (...)*». Negli stessi termini, TAR Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 19 gennaio 2011, n. 4, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1, 9; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 11 maggio 2011, n. 471, in *Giur. Merito*. 2012, 3, 718, in cui si afferma che il diniego di autorizzazione consiste in un provvedimento correlabile ad un interesse legittimo, essendo espressione di discrezionalità decisionale (anche solo tecnica) che può essere sottoposta al controllo del giudice amministrativo. *Contra*, come su rilevato, Cass. Civ., SS. UU., 20577/2013, la quale ha riconosciuto la giurisdizione del G.O., in costanza della presenza di un diritto soggettivo alla salute coinvolto, e, sulla stessa scia, in precedenza, Cass., SS UU., 2867/2009, la quale parlava di potere discrezionale-tecnico sindacabile da parte del G.O.

l'interessato voglia contestare l'eventuale provvedimento di diniego emanato dalla p.A. adita, dovrà rivolgersi al g.a.²⁸, al fine di chiedere l'annullamento del provvedimento impugnato e l'eventuale condanna della p.a. ad adempiere, al ricorrere dei presupposti di cui all'art. art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a.²⁹.

Inoltre, in tale ipotesi, egli potrà usufruire altresì di un rimedio giustiziale: il decreto, infatti, specifica che avverso il provvedimento di diniego è sempre possibile proporre istanza al direttore generale dell'Asl entro quindici giorni dal ricevimento dello stesso³⁰: in questo caso, il direttore si esprime nel termine di quindici giorni dalla ricezione dell'istanza³¹.

²⁸L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione dei singoli effetti*, Padova, Cedam, 1996; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1996, P. GOTTLI, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, Milano, Giuffrè, 1996; A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, 1987, ad vocem; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, Cedam, 1993; M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1959, ad vocem; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006.

²⁹Inoltre, nei casi di previa autorizzazione, nell'ipotesi in cui, avviato il procedimento per la richiesta di autorizzazione preventiva, l'ente non risponda nei termini, il privato ben potrà esperire l'azione avverso il silenzio inadempimento ex artt. 31 e 117 c.p.a., posto che l'obbligo di cui chiederà l'accertamento non sarà quello di provvedere rispetto all'autorizzazione che incide sul diritto soggettivo alla scelta del luogo di cura, bensì, quell'altro di provvedere rispetto all'interesse legittimo pretensivo che vanta nel momento in cui si rivolge alla p.A. per ottenere l'autorizzazione. La precisazione è fondamentale, posto che, se si ritenesse che a dialogare col potere fosse un diritto soggettivo, tale rimedio non sarebbe esperibile. Cfr. Cons. St., sez. III, 1 febbraio 2012, n. 501, in *Foro amm. CdS*, 2012, 267; TAR Lazio, Roma, sez. III, 14 dicembre 2011, n. 9737, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3983; ID., sez. I, 2 novembre 2011, n. 8354, *ivi*, 2011, 3488; TAR Campania, Salerno, sez. I, 7 settembre 2011, n. 1488, *ivi*, 2833. Invero, nonostante tale procedimento non infici l'esercizio del diritto alla salute, è ben possibile che, indirettamente, esso vada a condizionarne la concreta esplicazione: può capitare che il soggetto voglia ottenere con certezza l'autorizzazione della p.A. a recarsi all'estero, al fine di poter fare affidamento concreto sul rimborso delle spese, prima di avviarsi e farsi curare altrove. E che, perciò, aspetti l'emanazione del provvedimento finale, prima di esercitare il suo diritto soggettivo. In questi casi, laddove la risposta arrivi in ritardo, è ben possibile che il privato lamenti un danno (per esempio, un danno alla salute); e, perciò, che esso si rivolga poi al giudice al fine di ottenere un risarcimento del danno biologico come *species* del danno da ritardo, ex art. 2 bis, l. 7 agosto 1990, n. 241. Tale prospettiva, se corretta, avalla l'idea della risarcibilità del mero ritardo, posto che il paziente chiede il risarcimento del danno da ritardo (danno biologico) a prescindere dalla certezza che la p.A., adempiendo il proprio obbligo di *clare loqui*, gli avrebbe accordato l'autorizzazione: è per aspettare l'emanazione del provvedimento finale che il danno si è concretizzato. Perché, se l'amministrazione, nei termini, avesse risposto positivamente, il singolo avrebbe esercitato il diritto e si sarebbe curato all'estero, forte della sua autorizzazione; se non avesse (anche legittimamente) accolto l'istanza, il paziente avrebbe potuto cercare dei modi alternativi per procurarsi certe sovvenzioni economiche e recarsi all'estero, pur sapendo di non poter fare affidamento sul successivo rimborso delle spese (ovvero, ancora, decidere di non attendere la risposta sperando nel rimborso e decidendo di rivolgersi, così, per tempo, ad una struttura nazionale). Sulla risarcibilità del danno mero, se si vuole, N. POSTERARO, *Brevissime riflessioni sul danno da ritardo*, in *federalismi.it*, 2015, e la bibliografia *ivi* richiamata.

³⁰Cfr. comma 9, articolo 10.

³¹Nel caso in cui, invece, l'amministrato si trovi a voler contestare un diniego opposto ad una istanza di rimborso presentata al suo ritorno in patria e supportata dal rilascio di una previa autorizzazione da parte dell'ASL, esso potrà impugnare l'atto dinanzi al giudice ordinario, al fine di contestare l'inadempimento della p.A., posto che questa, avendo in precedenza accordato la richiesta del privato, aveva ormai un vero e proprio obbligo di corrispondere il rimborso. Così, potrà esperire un'azione di accertamento e, contestualmente, chiedere la condanna dell'amministrazione ad adempiere. Lo stesso discorso vale qualora l'amministrato non contesti l'inadempimento in sé, bensì, la sua inesattezza: semplicemente, in questa ultima ipotesi, si rivolgerà al giudice ordinario per contestare non l'*an*, bensì il *quantum* dovuto dall'amministrazione. *Contra*, Corte Cass., sez. un., 10 novembre 1992,

Se anche si assumesse che il potere, in realtà, condiziona il diritto alla scelta del luogo di cura, il discorso non cambierebbe: anche questo, infatti, nei casi di necessaria previa autorizzazione, necessiterebbe del previo positivo esercizio del potere della p.A. per poter essere legittimamente esercitato. E, come tale, a fronte del potere conformativo, sarebbe configurabile come interesse legittimo di tipo pretensivo. La libertà di scelta del soggetto, infatti, è sì un principio fondamentale della legislazione statale e una particolare espressione della libertà di cura garantita dall'art. 32 Cost., ma nessuna decisione ne afferma la prevalenza sulle esigenze di contenimento della spesa o razionalizzazione a prescindere da esigenze di uguaglianza, di tutela dell'integrità fisica o della salute di soggetti ai quali, per la loro condizione, la Costituzione garantisce una protezione rafforzata³².

A nulla varrebbe obiettare, poi, a parere di chi scrive, che si tratta d'un diritto soggettivo connesso al fondamentale (ed avente gli stessi caratteri del) diritto alla salute, come tale indegradabile e non limitabile dal potere della pubblica amministrazione: deve ritenersi ormai superata, infatti, la teoria della indegradabilità dei diritti fondamentali (e, prima ancora, quella della degradazione, su cui la stessa si basa e da cui promana). Non è questa la sede per approfondire l'argomento; basti rilevare, però, che è ben possibile che anche tali diritti fondamentali dialoghino con un potere della p.A., laddove le circostanze lo richiedano. E che, perciò, si atteggiino quali interessi legittimo di tipo pretensivo, laddove debbano essere contemperati con altre, diverse, esigenze collettive³³.

n. 12099, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, secondo cui: «la controversia introdotta dall'assistito dal servizio sanitario nazionale che, in relazione e prestazioni ospedaliere ricevute all'estero e preventivamente autorizzate, pretenda il rimborso dell'intero ammontare delle spese sostenute, anziché solo di una percentuale di esse secondo la previsione normativa regionale (...), attiene ad una posizione di interesse legittimo, al corretto esercizio del potere autorizzatorio dell'ente regionale». Nello stesso senso, Cass. Civ., 27 dicembre 1990, n. 12166, in *Giust. civ. Mass.*, 1990. Di recente, la Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige, con legge provinciale del 19 giugno 2014, n. 4 (Modifica della legge provinciale 5 marzo 2001, n. 7, recante «Riordinamento del servizio sanitario provinciale», pubblicata nel B.U. 1 luglio 2014, n. 26), all'art. 1, ha stabilito che «(...) 2. Avverso il diniego di autorizzazione preventiva di cui al comma 1 nonché avverso il diniego della richiesta di rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera ai sensi della direttiva 2011/24/UE è ammesso ricorso alla commissione di cui all'articolo 33, comma 3)».

³² Cfr. Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 387. Sul punto, di recente, P. MASALA, *La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza e i suoi limiti*, in *federalismi.it* (osservatorio di diritto sanitario), 2014, 1, in cui l'a. tratta della libertà di scelta del luogo di cura nel territorio nazionale, ma evidenzia come tale diritto sia corollario e ramificazione piena del primo, fondamentale, diritto alla salute ex art. 32 Cost.

³³ Sul punto, M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Milano, Feltrinelli, 2005; ID., *Sicurezza, territorio, o popolazione*, Milano, Feltrinelli, 2005. Lo stesso principio vale per il diritto alla salute di cui è titolare lo straniero: si chiarisce la questione del bilanciamento del diritto alla salute con l'interesse della collettività, in Corte Cost., 20 novembre 2000, n. 509, in *Giur.it.*, 2001, 2372 e nella ID., 17 luglio 2001, n. 252, in *Ragiusan*, 2001, 211-2, 214. Sul fatto che il diritto dello straniero possa trovare limitazione nei casi di necessità, di recente, Corte Cost., 26 maggio 2006, n. 206 e ordinanza 31 ottobre 2007, n. 361).

5. I casi in cui è richiesta l'autorizzazione

A questo punto, occorre verificare se i casi in cui l'autorizzazione previa è richiesta siano legittimi e concretamente utili, tenuto conto dell'interesse sul quale impattano (quello al rimborso delle spese sostenute), oppure no.

Il decreto, in linea con la direttiva, specifica che l'assistenza sanitaria assoggettabile ad autorizzazione preventiva è solo quella che: a) è subordinata a esigenze di pianificazione riguardanti l'obiettivo di assicurare, nel territorio dello Stato membro interessato, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o la volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane e: i) comporta il ricovero del paziente in questione per almeno una notte, o ii) richiede l'utilizzo di un'infrastruttura sanitaria o di apparecchiature mediche altamente specializzate e costose; b) richiede cure che comportano un rischio particolare per il paziente o la popolazione; c) è fornita da un prestatore che potrebbe suscitare preoccupazioni quanto alla qualità o alla sicurezza dell'assistenza³⁴.

Nella prospettiva nazionale, l'esclusione di cui alla lettera a) (relativamente alla volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare ogni spreco) non pare essere particolarmente utile: posto che, di regola, il rimborso avverrà solo nei limiti di quanto la prestazione sarebbe costata se fosse stata eseguita in Italia (*rectius*, nella regione di riferimento), non è chiaro quali siano gli sprechi da evitare³⁵. Non sembra ci sia uno spreco per un paese (e, meglio, per la realtà locale di esso) che decida di rimborsare nei limiti di quanto avrebbe rimborsato se la prestazione fosse stata eseguita nel suo territorio. Sarebbe stato più opportuno precisare i limiti d'applicazione di tale esclusione, quindi, facendoli corrispondere ai soli casi in cui la regione di riferimento avesse eventualmente stabilito modalità di rimborso differenti e ulteriori rispetto a quelle introdotte, di regola, dal decreto.

Inoltre, la Corte di Giustizia ha solitamente sottolineato che l'alterazione dell'equilibrio finanziario non rappresenta, di per sé, un valido fondamento giustificativo per eventuali restrizioni delle libertà economiche; in particolare, ha previsto che detta alterazione debba essere grave e rappresentare un motivo imperativo di interesse generale³⁶. Tale requisito ulteriore, però, non viene richiesto dal decreto

³⁴Cfr. articolo 8 della direttiva, rubricato «*Assistenza sanitaria che può essere soggetta ad autorizzazione preventiva*» e articolo 9 del decreto, rubricato «*Assistenza sanitaria transfrontaliera soggetta ad autorizzazione preventiva*».

³⁵L'obbligo di autorizzazione preventiva costituisce l'unico mezzo che consente agli enti previdenziali di verificare l'opportunità della cura medica all'estero e di limitare gli esborsi eccessivi suscettibili in effetti di condurre ad una rottura dell'equilibrio finanziario del sistema. Tuttavia, tale rischio non sembra sussistere nel caso in cui l'ente competente non è tenuto al rimborso integrale delle spese, bensì, in base alle tariffe dello Stato in cui il malato è assicurato: in tal caso, infatti, i diversi costi sanitari non avrebbero alcuna rilevanza per l'ente previdenziale competente (cfr. punti 57-58 delle conclusioni dell'avv. generale Tesouro nelle controversie *Decker e Kohll*).

³⁶Cfr. Corte Giust., 28 aprile 1998, in causa n. C-158/96, *Kohll*, punto 141; Corte Giust., 12 luglio 2001, in causa n. C-157/99, *Geraets-Smits e Peerbooms*, punto 172.

legislativo. Resterà da capire, allora, se la dimenticanza potrebbe rilevare sotto il profilo dell'incompatibilità con il principio enunciato dalla Corte.

In relazione a questo tipo di assistenza, inoltre, il decreto precisa che, affinché la si possa assoggettare alla previa autorizzazione, è necessario essa comporti il ricovero del paziente per almeno una notte o l'utilizzo di una infrastruttura sanitaria o di apparecchiature mediche altamente specializzate e costose, comprese quelle utilizzate nella diagnostica strumentale.

Nell'ottica della valutazione dei costi e dell'esborso economico-finanziario, non è strano, in astratto, che venga richiesto un presupposto relativo alle strutture e alle apparecchiature mediche specializzate: esse sono particolarmente costose; quindi, è plausibile che vi sia un controllo *ex ante* atto a limitare l'eventuale dispendioso espatrio; ciò, inoltre, si pone in linea con la pronuncia con cui la Corte ha ritenuto legittima, alla luce di esigenze di programmazione, una previa autorizzazione riferita a cure transfrontaliere accessibili che richiedano l'uso di apparecchiature mediche pesanti³⁷. In concreto, però, anche qui sorge un dubbio rispetto alla legittimità di tale esclusione a livello interno: non si comprende perché l'eventuale costo eccessivo della prestazione debba passare al vaglio preventivo, posto che l'Italia non sarà automaticamente obbligata al rimborso delle spese ulteriori.

Degli altri interrogativi, poi, suscita anche il riferimento al ricovero per almeno una notte: non è chiaro perché sia necessario assoggettare al meccanismo di previa valutazione queste prestazioni: posto che le spese di alloggio sono in genere escluse dal rimborso, non ci si dovrebbe preoccupare di limitare l'accesso dei pazienti in circostanze in cui essi siano costretti a pernottare all'estero. La prescrizione potrebbe solo valere nei casi in cui le regioni avessero, in autonomia, scelto di rimborsare anche tali costi; ma allora, la disposizione andrebbe meglio strutturata e sarebbe meglio precisasse che l'assistenza sanitaria è soggetta ad autorizzazione qualora comporti il ricovero del paziente in questione per almeno una notte se, nella regione di riferimento, è previsto che l'ente debba rimborsare anche l'alloggio.

In verità, occorre comunque precisare che le esigenze di "pianificazione" che consentono la previsione di una previa autorizzazione, anche per consentire il controllo dei costi ed evitare lo spreco di risorse, non attengono unicamente al calcolo del rimborso, ma riguardano anche il rapporto fra investimenti organizzativi e quantità delle prestazioni, che in un sistema a servizio sanitario nazionale, come il nostro, è essenziale per la sostenibilità.

In una prospettiva comprensiva di questi profili, quindi, alcune di quelle limitazioni suddette potrebbero essere plausibili, invece, tenuto conto dell'investimento organizzativo che un'amministrazione attua nel momento in cui gestisce strutture ospedaliere, che sono realizzate e mantenute in efficienza (almeno in

³⁷Cfr. Corte Giust., 5 ottobre 2010, in causa n. C-512/08, *Commissione c. Francia*.

teoria) in considerazione della popolazione servita: se una parte consistente di questa popolazione si reca all'estero per essere curata, ciò determina l'improduttività dell'investimento a detrimento della sostenibilità del sistema.

Sorgono pure dubbi rispetto alle lettere b) e c): quanto alla lettera b), potrebbe essere plausibile assoggettare ad una previa autorizzazione quelle prestazioni che comportano un rischio per la popolazione, nell'ottica della tutela della salute collettiva (costituendo, questo, motivo di interesse generale che può comportare legittima limitazione alla libertà di circolazione); ma non si comprende perché non si specifichi che, nel caso di diniego, non è possibile che il privato espatri in autonomia per farsi curare: in altre parole, se l'Asl rileva un pericolo e nega l'autorizzazione, il paziente può comunque decidere di recarsi nel paese prescelto, così mettendo a repentaglio la sicurezza della salute pubblica. E ciò in quanto, come visto, il potere attribuito dalla norma di azione all'amministrazione di riferimento non è capace di far sì che questa incida sull'esercizio del diritto alle cure transfrontaliere, bensì, solo sull'interesse all'ottenimento del rimborso monetario.

Allo stesso modo, poco plausibile risulta la limitazione che tiene conto del particolare rischio per il paziente e la sua salute: al pari della precedente, essa serve a ben poco³⁸, visto che il paziente può comunque mettere a repentaglio la propria condizione, decidendo di farsi curare all'estero e sostenendo le spese in autonomia, quand'anche la p.a. non lo autorizzi³⁹.

³⁸Cfr. Cons. St., 17 luglio 2004, n. 5132, in *Ragiusan*, 2004, 247, 308, secondo cui «non è consentita (...) la sostituzione tout court della scelta del malato con la sovrapposizione di quella del Centro di riferimento che è chiamato a verificare non già la corrispondenza alle proprie valutazioni terapeutiche della scelta del paziente ma solo la sussistenza delle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione a recarsi all'estero». Sulla stessa scia, Cons. St., sez. V, 7 aprile 2006, n. 1902, in *Ragiusan*, 2006, 271-272, 299.

³⁹ Tale limitazione, se anche avesse la forza di inibire sul serio lo spostamento, non sarebbe comunque accettabile, nel nostro ordinamento: contrasta, infatti, con l'idea del diritto alla scelta del luogo di cura (e, prima ancora, di quello alla salute) come diritto soggettivo pieno; se non sussistono interessi generali atti a limitarlo, infatti, non pare che esso possa essere legittimamente limitato e inciso dalla p.A. In questo modo, invece, l'ente addirittura si sostituirebbe alla persona nella valutazione dei benefici della terapia. Il paziente, al contrario, deve comunque restare libero di scegliere se rischiare, oppure no, laddove tale scelta non coinvolga e metta a repentaglio interessi pubblici. Infine, il ruolo di renderlo libero e consapevole nella scelta, dovrebbe spettare, *ex ante*, al punto di contatto nazionale. Si cfr. Corte cost., 19 novembre 2007, n. 387, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2007, 6, 4295. R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Salute e Sanità*, a cura di R. Ferrara, cit., 3, lo definisce principio «non solo ormai stabilizzato, ma addirittura ovvio, in quanto proprio e coesistente agli ordinamenti democratici del secondo dopoguerra [...]». Per un profilo storico, esaurientemente, N. AICARDI, *La Sanità*, in *Trattato di Diritto Amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, I, Milano, Giuffrè, 2003, 625 ss. Cfr., inoltre, F. BENVENUTI, *Presentazione*, in *Archivio giuridico*, 1982, 257 ss., il quale lo definisce come «elemento immateriale privo di diretto titolare». Sul tema della salute, in genere, si rimanda a: M.S. GIANNINI, *La tutela della salute come principio costituzionale*, in *Inadel*, 1960, 816 ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1973, 433 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 769 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. e soc.*, 1984, 21 ss.; ID., *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli, L. Paladin, Padova, Cedam, 1990. Sul punto, a proposito della libertà di scelta autonoma dell'individuo, sia consentito rimandare a N. POSTERARO, *Il diritto alla salute e l'autodeterminazione del paziente*

Quanto alla lettera c), rilevano le osservazioni operate a proposito della lettera b), con la sola differenza che, in questo caso, i rischi non derivano dalla cura in sé, ma dal prestatore di assistenza sanitaria.

Si ritiene, infine, che le norme siano così generiche da lasciare una ingiustificata libera interpretazione alle singole regioni: queste ultime, infatti, potranno includere, nelle prestazioni da autorizzare, tutti quei tipi di assistenza sanitaria che ritengano di dover far rientrare nei casi suddetti⁴⁰.

Si consideri, poi, che tale autorizzazione, seppure necessaria, non vale a modificare il sistema dell'assistenza, il quale resta quindi di tipo indiretto e non giova al paziente, per i problemi su esposti.

6. I casi in cui l'autorizzazione deve essere negata

Il decreto precisa che lo Stato membro di affiliazione non concede un'autorizzazione preventiva (in tali ipotesi, essa addirittura «è negata») quando: a) in base ad una valutazione clinica, il paziente sarà esposto con ragionevole certezza a un rischio per la sua sicurezza, che non può essere considerato accettabile, tenendo conto del potenziale beneficio; b) a causa dell'assistenza sanitaria transfrontaliera in questione, il pubblico sarà esposto con ragionevole certezza a notevoli pericoli per la sicurezza; c) l'assistenza sanitaria è prestata da un prestatore di assistenza che suscita gravi e specifiche preoccupazioni quanto al rispetto degli standard e orientamenti relativi alla qualità dell'assistenza e alla sicurezza del paziente, comprese le disposizioni sulla vigilanza, indipendentemente dal fatto che tali standard e orientamenti siano stabiliti da disposizioni legislative e regolamentari o attraverso sistemi di accreditamento istituiti dallo Stato membro di cura; d) l'assistenza sanitaria in questione può esser prestata sul suo territorio entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico, tenendo presente lo stato di salute ed il probabile decorso della malattia di ogni paziente interessato⁴¹.

tra guarigione effettiva e pericoloso sviluppo della tecnologia, in *Medicina e morale*, 2015, 391 e ss. e alla bibliografia ivi richiamata.

⁴⁰La regione Abruzzo, con deliberazione della Giunta regionale del 23 maggio 2014, n. 439, recante «D.lgs. 4 marzo 2014 n. 38 - Direttiva 2011/24/UE concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera – Linee di indirizzo alle Aziende Unità Sanitarie Locali» (pubblicata sul Bur Abruzzo del 9 luglio 2014, n. 27), in fase di prima applicazione del D.lgs. 4 marzo 2014, n. 38, ha stabilito che non sono sottoposte ad autorizzazione preventiva ulteriori prestazioni rispetto a quelle definite a livello nazionale, ai sensi dell'art. 9, comma 8.

⁴¹Cfr. art. 8, paragrafo 6 e articolo 9, comma 6 della direttiva. Di recente, la Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige, con legge provinciale del 19 giugno 2014, n. 4 (Modifica della legge provinciale 5 marzo 2001, n. 7, recante «Riordinamento del servizio sanitario provinciale», pubblicata nel B.U. 1 luglio 2014, n. 26), all'art. 1 («Modifica della legge provinciale 5 marzo 2001, n. 7, «Riordinamento del servizio sanitario provinciale» e norma finanziaria»), ha stabilito che «Dopo l'articolo 34 della legge provinciale 5 marzo 2001, n. 7, e successive modifiche, è inserito il seguente articolo: “Art. 34/bis (Assistenza sanitaria transfrontaliera)”. L'autorizzazione preventiva all'assistenza sanitaria transfrontaliera ai sensi degli articoli 9 e 10 della direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, può essere concessa indipendentemente dal fatto che l'assistenza sanitaria in questione possa essere prestata nel territorio nazionale entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico».

Per quanto riguarda i casi di diniego certo e dovuto di cui alle lettere a), b), e c), valgono le stesse osservazioni svolte *supra* e relative al rapporto rischio-beneficio, alla libertà di autodeterminazione del paziente, alla effettiva incidenza del potere sul diritto, alla concreta protezione dai rischi eventuali, alla necessità di proteggere i pazienti da prestatori pericolosi.

È inopportuno che manchi, tra i casi di diniego forzato, una previsione che si riferisca ad esigenze economiche e finanziarie dello Stato di affiliazione: tale ipotesi, forse, sarebbe stata l'unica atta a legittimare l'utilizzo della locuzione «è *negata*», la quale sottintende un dovere per l'amministrazione (e, quindi, l'esercizio di un potere vincolato).

Per quanto attiene alla lettera d), anche in questo caso, il potere viene strutturato in modo inadeguato: in altre parole, sembra che la p.a. possa autonomamente decidere di limitare la scelta operata dal singolo sol perché ritiene che restare in patria sia più conveniente ai fini della sua guarigione. Evidentemente, è inverosimile, come rilevato già *supra*, che un'amministrazione possa vanificare l'esercizio del diritto alla libera scelta del posto presso cui poter guarire (e, quindi, del diritto alla salute)⁴².

Tale lettera d), inoltre, si pone come speculare ai casi in cui l'autorizzazione, a norma del decreto, al contrario, non può essere negata: le norme precisano, infatti, che lo Stato non può rifiutarsi di concedere un'autorizzazione preventiva quando il paziente ha diritto all'assistenza sanitaria ed essa non possa essere prestata sul territorio entro un termine giustificabile da un punto di vista clinico, sulla base di una valutazione medica oggettiva dello stato di salute del paziente, dell'anamnesi e del probabile decorso della sua malattia, dell'intensità del dolore e/o della natura della sua disabilità al momento in cui la richiesta di autorizzazione è stata fatta o rinnovata⁴³.

Il legislatore comunitario aveva già disciplinato una situazione simile nel regolamento CE n. 883/2004, a norma del quale l'autorizzazione è concessa qualora le cure di cui si tratta figurino tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui risiede l'interessato e non possano essergli praticate entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della sua malattia.

Nelle disposizioni del decreto manca il riferimento alle prestazioni «previste dalla legislazione dello Stato membro in cui risiede l'interessato». Ma questa può essere considerata una semplice dimenticanza, visto che, in altri articoli, si precisa che l'assistenza sanitaria può essere rimborsata solo per le cure incluse tra quelle prestate sul territorio nazionale.

⁴² La limitazione potrebbe essere in astratto accettabile, infatti, nel caso in cui lo Stato fosse obbligato a corrispondere l'intero costo della prestazione eseguita dal paziente all'estero.

⁴³Cfr. articolo 8, paragrafo 5.

Resta da capire cosa voglia dire, in concreto, «*termine giustificabile da un punto di vista clinico*», posto che questo, a seconda dei casi, legittima il diniego. Occorre rifarsi alla giurisprudenza della Corte, la quale, in riferimento alle norme del regolamento, si è già occupata di simili questioni: plausibilmente, infatti, le interpretazioni fornite sono analogicamente applicabili a quanto disposto dalle norme della direttiva e del decreto appena citate. La Corte ha precisato che, per stabilire se un trattamento possa essere tempestivamente ottenuto presso un istituto situato nel territorio dello Stato membro di residenza, l'istituzione competente non può fondarsi esclusivamente sull'esistenza di liste di attesa nel detto territorio, ma è tenuta a prendere in considerazione l'insieme delle circostanze concrete che caratterizzano la situazione medica del paziente di cui trattasi. Essa deve tenere conto, cioè, del quadro clinico del paziente nel momento in cui è richiesta l'autorizzazione e, all'occorrenza, del grado del dolore o della natura dell'infermità, oltre che dei suoi antecedenti.

Di recente, i giudici hanno sottolineato che tra le circostanze che l'istituzione competente è tenuta a prendere in considerazione può figurare, in un caso concreto, la mancanza di farmaci e di materiali medici di prima necessità, oltre che la carenza di attrezzature specifiche o di competenze specialistiche: il legislatore comunitario, infatti, non opera una distinzione fra i diversi motivi per i quali una determinata prestazione medica possa non essere erogata tempestivamente⁴⁴.

Questa precisazione, invero, risulta essere utile, posto che, in tali ipotesi, la p.a., se anche rilevasse un motivo atto a giustificare in astratto il diniego (ad es., scarse risorse finanziarie⁴⁵), non potrebbe comunque legittimamente negare il soddisfacimento dell'interesse del singolo richiedente: in tal modo, si può evitare che la scelta della p.a., basata magari su una questione meramente economica, possa intaccare il pieno esercizio del diritto alla salute del singolo. Questi, infatti, laddove non ottenga la previa autorizzazione e non possa permettersi di sostenere le spese senza poi essere rimborsato, è concretamente costretto a restare in Italia (e, quindi, a usufruire delle strutture che il nostro paese offre, anche laddove esse siano, per la cura della sua malattia, inadeguate). In tale senso, la decisione inciderebbe negativamente e ingiustamente sull'esercizio del diritto fondamentale, di cui quello alla scelta del luogo di cura costituisce chiara ramificazione.

⁴⁴Cfr. Corte Giust., sez. III, 9 ottobre 2014, causa C268-13, in *federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario, con nota di N. POSTERARO.

⁴⁵ Ipotesi che comunque risulta inverosimile, visto che, se anche negasse il rimborso e il singolo rinunciasse a espatriare, la regione di riferimento sarebbe poi costretta comunque a sostenere quelle stesse, identiche, spese per l'operazione nel paese di origine (tranne che nel caso in cui abbia deciso di rimborsare un livello ulteriore di prestazione).

7. Il potere dell'amministrazione

Altre critiche al decreto possono essere mosse qualora si qualifichi il potere esercitato dall'ente di riferimento in tali procedimenti: esso appare essere strutturato, per certi versi, come un vero e proprio potere discrezionale puro, posto che i parametri non sono fissati in modo puntuale e preciso; solo per altri, tecnicamente orientato.

Non pare potersi ravvedere alcun caso di potere vincolato, invece, posto che alla p.A. è sempre richiesta una valutazione basata su un contemperamento di interessi. Quindi, anche quando il decreto elenca i casi in cui l'autorizzazione può essere negata usando il senso del verbo «*dovere*», in realtà, esso non struttura il potere in modo che esso possa ritenersi vincolato.

Si può parlare di discrezionalità tecnica in relazione all'ipotesi in cui l'Asl deve eseguire vere e proprie valutazioni di scienza al fine di comprendere se l'assistenza sanitaria possa essere prestata sul territorio nazionale entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico, oppure no⁴⁶. La norma parla di una valutazione medica oggettiva dello stato di salute del paziente, dell'anamnesi e del probabile decorso della sua malattia, dell'intensità del dolore e della natura della sua disabilità al momento in cui la richiesta di autorizzazione è stata fatta o rinnovata. Si può ritenere, quindi, che la valutazione condotta sulla base di tali parametri tecnici non lasci ampia discrezionalità di scelta all'ente coinvolto⁴⁷.

Si rintraccia, invece, una discrezionalità pura in tutti gli altri casi, posto che le norme presuppongono un contemperamento di interessi coinvolti e attribuiscono all'amministrazione il potere di valutare essa stessa: a) la ragionevole certezza del fatto che il paziente sarebbe esposto a un rischio che, tenuto conto del beneficio raggiungibile, non può essere considerato accettabile; b) la probabilità che il pubblico sarebbe esposto con ragionevole certezza a notevoli pericoli per la sicurezza; c) che l'assistenza sanitaria in questione, se prestata da un prestatore di assistenza sanitaria straniero designato dal paziente, susciterebbe gravi e specifiche preoccupazioni quanto al rispetto degli standard e orientamenti relativi alla qualità dell'assistenza e alla sicurezza del paziente stesso.

In queste ipotesi di discrezionalità, si evince un rispetto del principio della legalità da un punto di vista formale, ma non da un punto di vista sostanziale: i parametri del potere dettati dalla norma appaiono

⁴⁶Cfr. comma 5 dell'art. 9 del decreto, che discende dall'art. 8, paragrafo 5 della direttiva.

⁴⁷In relazione alla discrezionalità, *ex pluribus*, sempre attuali i contributi di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità*, Padova, Cedam, 1995; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939; A. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative. L'arte di amministrare*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 19 ss.; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, 20 ss.

essere labili⁴⁸ e tale potere rischia di sfociare nel libero arbitrio, poiché l'ente arriva addirittura a sostituirsi al singolo, in alcuni casi, nella scelta finale.

Perciò, i criteri utilizzati nella valutazione dell'istanza non sono affatto oggettivi e non discriminatori, posto che, anzi, richiedono delle valutazioni che mutano da caso a caso e non rendono l'esercizio del potere prevedibile *ex ante* con certezza.

8. Il procedimento per richiedere l'autorizzazione

Al fine di verificare la legittimità del sistema autorizzativo, occorre analizzare il profilo procedurale.

Sotto questo aspetto, la Corte di Giustizia Europea ha più volte chiarito quali sono le caratteristiche che esso deve possedere per poter essere considerato legittimo: deve rispondere ai principi di adeguatezza e proporzionalità; deve necessariamente essere costruito su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo; deve garantire il facile accesso alle procedure previste per il rilascio dell'autorizzazione, nonché, una valutazione oggettiva, imparziale e rapida della domanda, oltre a consentire all'istante di ricorrere all'autorità giurisdizionale in caso di diniego.

Il decreto di recepimento stabilisce che la richiesta di autorizzazione è presentata per le prestazioni individuate, ai sensi della lettera a) del comma 2, dell'articolo 9, che si riferisce all'«(...) *assistenza sanitaria soggetta ad esigenze di pianificazione riguardanti l'obiettivo di assicurare, nel territorio nazionale, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente a una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o alla volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane*».

Per le prestazioni che non rientrano in quelle individuate ai sensi della lettera a), invece, vale la regola in base alla quale il privato deve sì rivolgersi alla Asl territorialmente competente presentando un'istanza, ma non per ottenere una autorizzazione, bensì per far sì che questa verifichi, preliminarmente, se la prestazione che intende ottenere debba essere sottoposta ad autorizzazione preventiva in quanto rientrante in una delle lettere b) e c) dello stesso comma 2, art. 9 (che, come visto, si riferiscono all'assistenza sanitaria che richiede cure che comportano un rischio particolare per il paziente o la popolazione o è prestata da un prestatore di assistenza sanitaria che potrebbe suscitare gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla qualità o alla sicurezza dell'assistenza). In queste eventualità, la p.A. comunica l'esito della verifica previa al paziente entro dieci giorni dal ricevimento della istanza e, ove l'esito sia positivo, la domanda del privato si intende quale richiesta di autorizzazione preventiva.

⁴⁸S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2010, 3 ss.

In altre parole, il singolo dovrà comunque rivolgersi all'amministrazione, non fosse altro che per comprendere se le prestazioni che richiederà sono sottoposte ad autorizzazione o meno.

In primo luogo, sarebbe necessario che tutte le prestazioni da assoggettare meccanismo alla previa autorizzazione fossero *ex ante* dettagliatamente indicate, al fine di evitare di lasciare il singolo nell'incertezza, il quale, dinanzi a tali complicanze, potrebbe rinunciare ad esercitare il proprio diritto. Il problema è che è difficile stabilire, in precedenza, quando il paziente dovrà richiedere l'autorizzazione ai sensi delle lettere b) e c); e ciò in quanto, come visto, solo un esame del caso concreto può aiutare a comprendere se le prestazioni che la persona assicurata vuole ottenere rientrano in tali lettere, oppure no⁴⁹.

In questo modo, quindi, si rileva un contrasto evidente con quanto affermato dalla Corte, secondo la quale, come rilevato, affinché il meccanismo della previa autorizzazione sia legittimo, è necessario che siano *ex ante* conosciute le prestazioni assoggettate al potere dell'amministrazione. Inoltre, dovrebbe essere compito del punto di contatto nazionale, semmai, indirizzare il paziente nei casi dubbi; questo previo sotto-procedimento per i casi diversi da quelli di cui alla lettera a), comporta delle inutili lungaggini procedurali che contrastano con l'obiettivo della normativa stessa, che era quello di semplificare il procedimento ed evitare sempre e comunque il dialogo con l'amministrazione.

La domanda di autorizzazione preventiva per i casi di cui alla lettera a) deve essere presentata dalla persona assicurata alla Asl di residenza su apposito modulo e deve essere corredata da certificazione medica. Nella richiesta devono essere indicati, almeno, l'indicazione diagnostica o terapeutica e la prestazione di cui si intende usufruire, oltre al luogo prescelto e al prestatore di assistenza.

Si deve pensare che tale contenuto debba essere lo stesso per la istanza con cui il paziente richiede la verifica circa la necessità di una previa autorizzazione: ciò tenuto conto del fatto che è possibile essa si tramuti, poi, in vera e propria richiesta di autorizzazione.

Nulla si dice, però, rispetto alla questione economica: il singolo paziente, quindi, non ha l'obbligo di indicare, nel modulo, il costo della prestazione oppure le spese probabili. Ciò, in verità, non pare creare particolari problemi, sul piano generale: l'indicazione dell'importo non risulta utile, all'Asl, laddove la

⁴⁹Il governo italiano ha avuto modo di sottolineare che, mentre le condizioni di cui alla lettera a) presentano caratteristiche di oggettività tali da consentire di individuare positivamente un numero di prestazioni che possono essere sottoposte ad autorizzazione preventiva, quelle di cui alle lettere b) e c), invece, implicano valutazioni legate ai singoli casi, anche clinici dei singoli pazienti o ai rischi che potrebbero derivare per la popolazione, oppure ancora alle garanzie fornite dai singoli operatori sanitari presso i quali i pazienti intendano recarsi per ricevere le cure. Perciò, non sembra possibile l'individuazione a monte delle prestazioni sottoponibili a autorizzazione. Così, nella *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2011/24/UE concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, nonché della direttiva 2012/52/UE comportante misure destinate ad agevolare il riconoscimento delle ricette mediche emesse in un altro Stato membro*, Senato della Repubblica, XVII legislatura, n. 54 (trasmesso alla Presidenza del Senato il 3 dicembre 2013), 7.

regione di riferimento abbia deciso di rimborsare nei limiti di quanto la prestazione sarebbe costata se il paziente avesse deciso di effettuarla in Italia. L'amministrazione sa già che, a prescindere da quanto spenderà il paziente, essa si limiterà a rimborsare, nel massimo, quella somma determinata che corrisponde al costo locale della prestazione.

Potrebbe essere un problema, però, nel caso in cui la regione abbia deciso di rimborsare anche le spese di viaggio e alloggio: in questi casi, infatti, il privato dovrebbe indicare quali saranno le previste spese totali di alloggio e spostamento; altrimenti, non è chiaro come l'Asl possa decidere se sussistano le condizioni economiche per poter autorizzare.

La Asl ha trenta giorni di tempo per rispondere, trascorsi i quali non si sostanzia alcun tipo di silenzio significativo.

Nei casi che esulano dalla lettera a), laddove l'ente verifichi che la prestazione debba essere assoggettata alla previa autorizzazione perché rientrante nella lettere b) o c), i termini di trenta giorni si intendono decorrenti dalla ricezione della domanda stessa; nell'ottica del legislatore, quindi, nei primi dieci giorni, la p.A. già opera delle valutazioni di merito rispetto alla possibilità di autorizzare o meno la prestazione⁵⁰.

In realtà, però, in quei dieci giorni di sotto-procedimento, la p.A. dovrebbe limitarsi solo a verificare se la prestazione rientri in una delle ipotesi di cui alle lettere b) e c) del decreto. Essa non dovrebbe operare valutazioni di merito rispetto al se autorizzare: altrimenti, i due piani verrebbero a sovrapporsi. Per tale ragione, a) non pare opportuno lasciare all'ente ben dieci giorni per decidere se assoggettare la prestazione ad autorizzazione preventiva: potrebbe bastare un tempo inferiore; b) i trenta giorni dovrebbero cominciare a decorrere da quando l'Asl, dopo aver effettuato la previa delibazione, abbia deciso di assoggettare la procedura ad autorizzazione preventiva.

Inoltre, nulla si dice dell'eventualità che la p.A., trascorsi i dieci giorni, resti inerte a fronte d'una domanda del privato. Quali le sorti della richiesta? Questi aspetti andrebbero meglio chiariti.

Nei casi di urgenza, stando al decreto, i trenta giorni sono ridotti alla metà. *Nulla quaestio* rispetto ai casi di cui alla lettera a): a fronte d'una richiesta di autorizzazione, la p.A. ha quindi giorni di tempo per decidere se autorizzare, oppure no. Non è chiaro, invece, come si debba coordinare tale precisazione con i casi diversi da quelli di cui alla lettera a): la p.A. ha quindici giorni di tempo anche in queste differenti ipotesi? E se sì, essi come vanno ripartiti? Il dimezzamento riguarda anche i primi dieci giorni in cui l'Asl

⁵⁰Se così non fosse, si dovrebbe affermare che, nei casi diversi da quelli di cui alla lettera a), il legislatore lascia (ingiustificatamente), all'ente adito, un tempo inferiore a quello classico dei trenta giorni per verificare se la prestazione possa essere autorizzata o no. All'ASL adita, per esempio, residuano venti giorni di tempo per decidere, nell'ipotesi in cui essa risponda alla previa domanda del paziente nell'ultimo dei dieci giorni che ha disposizione per valutare la necessità del procedimento autorizzatorio (ventinove, al massimo, laddove essa riesca a rispondere, inverosimilmente, il giorno stesso in cui ha ricevuto la richiesta).

valuta se le prestazioni rientrino nelle lettere b) e c)? Oppure, va riferito ai soli giorni successivi che restano alla p.A per decidere se autorizzare o meno, dopo che ha previamente deciso di assoggettare la richiesta a procedimento autorizzativo⁵¹? Anche questo non è chiaro.

Laddove il caso di urgenza rientri in uno di quelli di cui alla lettera a), il privato, sulla base delle norme, potrà farlo presente nella richiesta di autorizzazione. Nulla si dice rispetto a come il paziente debba far valere l'urgenza nei casi di cui alle lettere b) e c): anche se le norme tacciono sul punto, si può ritenere il privato debba indicare tale necessità all'interno della domanda che rivolge all'Asl prima di chiedere l'autorizzazione; a) perché, altrimenti, sprecherebbe del tempo inutilmente, visto che dovrebbe aspettare la previa risposta e palesare l'urgenza solo dopo; b) perché, se la risposta dell'Asl fosse positiva, la domanda previa si intenderebbe come istanza d'autorizzazione. Quindi, se il privato non indicasse in quella sede ragioni dell'urgenza, dovrebbe poi integrare la documentazione con ulteriori perdite di tempo, nel corso di un procedimento già iniziato. Non è ben chiaro, però, come l'Asl possa valutare l'urgenza, su quali basi e tenuto conto di quali esigenze.

Il diniego di autorizzazione deve essere espressamente motivato⁵² e nel provvedimento di autorizzazione, la Asl deve specificare quale sia il costo della prestazione dell'assistenza sanitaria ammesso al rimborso. Tale precetto va interpretato nel senso che l'ente deve, da un lato, indicare i criteri di rimborso; dall'altro, indicare l'effetto della applicazione, al caso concreto, di tali criteri. Ad esempio, se la regola generale è quella della rimborsabilità nei limiti dei costi che la prestazione avrebbe avuto se fosse stata eseguita *in loco* (f1), l'amministrazione è tenuta a evidenziare se, nel caso concreto, potrà rimborsare effettivamente il dovuto (f1), oppure no, indicando eventuali motivi che, già conoscibili al momento del rilascio dell'autorizzazione, la legittimino ad autorizzare e accordare un diritto al rimborso inferiore a quello che di norma spetterebbe (f1-x). Altrimenti, non avrebbe senso disporre che l'ente deve specificare quale sia il costo della prestazione dell'assistenza sanitaria ammesso al rimborso: la persona assicurata rischierebbe di ottenere un provvedimento nel quale verrebbe indicata la sola regola generale (la quale ultima dovrebbe essere da esso stesso già conosciuta, peraltro, anche grazie all'attività informativa svolta dai punti di contatto).

Sulla base di tali indicazioni, poi, il privato, al suo ritorno in patria, potrà richiedere il rimborso delle spese.

⁵¹Nel primo caso, la p.A. avrebbe cinque giorni di tempo per decidere se assoggettare la domanda ad autorizzazione e minimo dieci (al massimo quattordici, laddove evadesse la richiesta nel primo dei cinque giorni) per decidere se autorizzare oppure no; nel secondo, ad essa resterebbero dieci giorni per rispondere alla prima richiesta e solo cinque giorni, laddove provvedesse nell'ultimo giorno utile) al massimo, quattordici giorni, laddove provvedesse nel primo dei dieci) per decidere se autorizzare il rimborso).

⁵²Cfr. art. 10, comma 7.

La pubblica amministrazione adempierà «conformemente all'autorizzazione»⁵³, cercando di rispettare quanto aveva previsto (nell'esempio proposto, accordando f1-x): è possibile, infatti, che la p.A. si accorga di non potere concretamente rimborsare le spese, ovvero di non potere rimborsare quanto avrebbe dovuto. È plausibile, infatti, che, nel corso del tempo intercorrente tra previsione del rimborso, esecuzione della prestazione e rimborso concreto, intervengano dinamiche (sia nel territorio straniero, sia in quello nazionale) atte a modificare l'obbligazione dell'amministrazione.

Tutto ciò, però, crea dei problemi di non poco conto: se il paziente non è certo rispetto a quello che potrà ottenere economicamente, potrà dissuadersi dallo scegliere di recarsi all'estero. Il legislatore, per questo, dovrebbe anzitutto prevedere che l'ente, quando specifica il costo rimborsabile, è tenuto a rappresentare eventuali situazioni che fanno sì che, al caso concreto, non possa essere applicata *in toto* la regola astratta; in più, dovrebbe quantomeno elencare casi tassativi al verificarsi dei quali il rimborso possa a) non avvenire, ovvero b) avvenire in misura ridotta rispetto a quello di base. Infine, si dovrebbe prevedere che la decisione dell'ente di non accordare un rimborso, ovvero di accordarlo in misura differente da quella dovuta, sia legittima solo laddove le circostanze che la determinano siano sopravvenute e non fossero già prevedibili al momento dell'autorizzazione. Così, altrimenti, le decisioni risultano essere eccessivamente discrezionali, poco parametrizzate e pericolose per la tutela dei diritti vantati dal paziente.

9. Conclusioni

Tenuto conto della disciplina del turismo sanitario, l'Italia potrebbe essere incentivata a migliorare il livello di protezione nel diritto interno. Grazie a questa circolazione continua di informazioni, metodi e approcci, potrebbe riuscire a raggiungere risultati migliori in termini di efficienza allocativa e di impiego di risorse⁵⁴. Un siffatto sistema, inoltre, potrebbe creare una sempre più rapida evoluzione delle tecnologie mediche e delle offerte terapeutiche⁵⁵.

In tal senso, potrebbe puntare ad attirare i pazienti stranieri a farsi curare sul suo territorio, guadagnandosi così una posizione di ancora maggiore spicco in ambito sanitario a livello europeo. Il raggiungimento di

⁵³Cfr. articolo 8, comma 9.

⁵⁴A. BONOMO, *La libera circolazione dei malati*, in *Giust. Civ.*, 1998, 2385 ss.; G. URBANO, *Diritto alla salute e cure transfrontaliere. Profili di diritto interno e comunitario*, Torino, Giappichelli, 2009, 241.

⁵⁵Cfr. A. PIOGGIA, *L'assistenza*, cit., secondo cui: La regolazione delle modalità attraverso le quali un cittadino assistito in Italia può usufruire a spese del sistema sanitario nazionale di cure fornite in altri Paesi dell'Unione è sicuramente un traguardo importante che espande in maniera consistente le garanzie collegate al diritto alla libera scelta del luogo di cura. La bibliografia sulla libera circolazione delle persone e dei servizi è amplissima. A titolo esemplificativo, cfr. M. CONDINANZI, B. LANG e A. NSCIMENEEN, *Cittadinanza dell'unione e libera circolazione persone nella giurisprudenza comunitaria*, in *Foro it.*, 1994, 98 ss.; M. ORLANDI, *Cittadinanza europea e libera circolazione delle persone*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996; N. COGGIOLA, *Il libero accesso dei cittadini comunitari alle prestazioni sanitarie erogate in altri Stati membri tra programmazione sanitaria nazionale e principio comunitario della libera circolazione servizi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 87 ss.

questo obiettivo condurrebbe all'ottenimento di un duplice vantaggio: da un lato, l'oggettivo innalzamento del livello di tutela della salute offerto alle persone assicurate in Italia e ai cittadini degli altri Stati membri; dall'altro, un buon risultato economico. Infatti, se il Ssn riuscisse a configurarsi competitivo nello scenario sanitario europeo e ad attrarre, in ragione della sua qualità e della sua efficienza, i pazienti degli altri Stati dell'Unione Europea, ciò comporterebbe nuove entrate finanziarie dovute al pagamento delle prestazioni erogate dalla sanità italiana.

Eppure, le disarmonie del testo, come rilevato, non sono poche; e potranno determinare una condizione di incertezza giuridica che rappresenta un freno, rispetto alle potenzialità migratorie dei pazienti europei. Il risultato concreto è quello di un sistema complicato, ambiguo, ampiamente discrezionale che mette il privato in crisi e non lo aiuta nelle scelte.

Alla luce di tali discrepanze, resta da capire se sia conveniente farsi curare all'estero: il diritto di muoversi all'interno dell'Unione sembra sia stato interpretato come una minaccia all'effettività dei principi di solidarietà nazionale⁵⁶.

Sussiste il rischio concreto, inoltre, che la legislazione nazionale eventualmente contrastante con i consolidati insegnamenti della giurisprudenza comunitaria, possa venire travolta, attraverso un giudizio di non conformità, dai futuri interventi della Corte di Giustizia⁵⁷. Quindi, è vero che, come precisato dalla stessa direttiva⁵⁸, il recepimento di quest'ultima non deve condurre ad una situazione in cui i pazienti siano incoraggiati a ricevere le cure fuori dal loro stato membro di affiliazione; ma è anche vero che non incoraggiare non può voler dire scoraggiare (e peggio, inibire) l'esercizio di un diritto⁵⁹.

Infine, garantire il diritto alle cure solo all'interno dell'Unione non basta: è opportuno che i legislatori si attivino per approntare dei sistemi capaci di guidare i singoli laddove lo spostamento avvenga al di fuori di essa, visto che il fenomeno del turismo sanitario interessa anche spostamenti verso e da paesi extra-europei.

⁵⁶In questi termini, L. HANCHER e W. SAUTER, *OneStepbeyond? From sodemare to DoeMorris: The EU's freedom of establishment case law concerning healthcare*, in *Common market law review*, 2010, 117 ss.

⁵⁷Già una volta, la Corte, nel caso *Duphar* del 1984, aveva riconosciuto la non conformità della normativa nazionale al Trattato, sebbene conforme all'articolo 22 del regolamento 1408/71. Cfr. W. SAUTER, *The proposed patient's rights directive and the reform of (cross-border) healthcare in the European Union*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2009, 109 ss.

⁵⁸Cfr. il considerando n. 4.

⁵⁹ Si consideri, poi, che, attualmente, su un campione di cento persone intervistate in Italia ai fini della ricerca condotta e pubblicata in N. POSTERARO, *Assistenza*, cit., solo il dodici per cento sa qualcosa a proposito del diritto alle cure transfrontaliere. E di questo dodici per cento, il dieci per cento è composto da soggetti che operano nel campo del diritto e/o in quello sanitario. Segno, questo, del fatto che le informazioni tardano ad arrivare.