

2

maggio-agosto
2018

SoDiS

Società italiana di
Diritto Sanitario

CORTI SUPREME e SALUTE

• Rivista diretta da
• Renato Balduzzi

In evidenza:

- Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Ilva di Taranto
- Il Supremo Tribunale Federale brasiliano e la questione dell'amianto
- The judge's power over life and death
- Il "socio-sanitario": una scommessa incompiuta?


**Pacini
Giuridica**

DIREZIONE

Renato Balduzzi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano)

COMITATO SCIENTIFICO

Enzo Balboni (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano); Mario Bertolissi (Università di Padova); Carlo Bottari (Università di Bologna); Josep Maria Castellà Andreu (Universitat de Barcelona); Lorenzo Chieffi (Università della Campania); Matteo Cosulich (Università di Trento); Lorenzo Cuocolo (Università di Genova); Carlo Emanuele Gallo (Università di Torino); Gianmario Demuro (Università di Cagliari); Giuseppe Di Gaspare (LUISS, Roma); Giorgio Grasso (Università dell'Insubria); Donatella Morana (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo Luciani (Università di Roma "La Sapienza"); Jörg Luther (Università del Piemonte Orientale); Bertrand Mathieu (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Barbara Pezzini (Università di Bergamo); Annamaria Poggi (Università di Torino); Fabrizio Politi (Università dell'Aquila); Emanuele Rossi (Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa); Maria Alessandra Sandulli (Università di Roma Tre); Massimo Siclari (Università di Roma Tre); Michel Verpeaux (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Carlos Vidal Prado (UNED, Madrid); Lorenza Violini (Università di Milano)

Autorizzazione richiesta al Tribunale di Pisa

Direttore responsabile: Renato Balduzzi

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Ospedaletto (PI)

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacineditore.it • info@pacineditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Indice

Giurisprudenza italiana

Corte costituzionale, sent. 7 febbraio-23 marzo 2018, n. 58, red. Cartabia (con nota di DAVIDE SERVETTI, <i>Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Iva di Taranto</i>)..... »	193
---	-----

Giurisprudenza straniera

ARISTIDE CANEPA, <i>Il Supremo Tribunale Federale brasiliano e la questione dell'amianto</i> »	209
ARIANNA PITINO, <i>Il Canada approva il divieto (quasi) assoluto di utilizzo dell'amianto. Riflessioni a margine dei rapporti di competenza tra la Federazione e le Province e della giurisprudenza canadese in materia di asbestos</i> »	225

Osservatorio sui sistemi sanitari

RENATO BALDUZZI, <i>La persona in tutte le politiche (sociali): una "scommessa" quasi compiuta?</i> »	245
EMANUELE ROSSI, <i>Il "socio-sanitario": una scommessa incompiuta? Presentazione di un Convegno sul "socio-sanitario" e della correlata ricerca</i> »	249
ANNA BANCHERO, <i>Contributi per facilitare l'applicazione degli interventi socio-sanitari dei nuovi LEA, integrati con le attività sociali e riflessioni sulla definizione dei LEP sociali</i> »	279
CARLO CHIAPPINELLI, <i>Allocazione delle risorse e politiche socio-sanitarie: per un approccio giuscontabile nella spesa "costituzionalmente necessaria"</i> »	293
CARLO BOTTARI, <i>Verso una revisione sociale, giuridica e istituzionale del Servizio sanitario regionale</i> »	309
ANNA ROSA FAVRETTO, <i>Dalle diadi alle costellazioni: considerazioni sulle pratiche multiprofessionali nei contesti socio-sanitari</i> »	321
GIORGIO GRASSO, <i>Appunti su reddito di inclusione, assistenza socio-sanitaria e vincoli sulle risorse disponibili</i> »	335
STEFANO MANFREDI, <i>Il modello lombardo della presa in carico, spunti normativi e cambiamenti normativo-gestionali</i> »	345
FRANCO TONIOLO, <i>L'esperienza della Regione Veneto</i> »	353
PIERA MARIA VIPIANA, <i>L'affidamento dei servizi socio-sanitari, con particolare riguardo ai servizi di trasporto dei malati</i> »	357

Saggi

- GIOVANNI BOGGERO, *Gli ostacoli alla mobilità sanitaria transfrontaliera in Italia* » 377
- JÖRG LUTHER, *The judge's power over life and death* » 413
- FILIPPO PIZZOLATO, *Autodeterminazione e relazionalità nella tutela della salute* » 429

Dibattiti

- EUGENIO TAGLIASACCHI, *La disciplina delle misure dirette a contrastare il fenomeno della ludopatia dopo il Decreto Dignità: sistema a tutele crescenti o occasione perduta?* » 449

Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Ilva di Taranto*

Corte costituzionale, sent. 7 febbraio-23 marzo 2018, n. 58, rel. Cartabia

Davide Servetti**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Due circostanze singolari e non marginali: a) anomala successione delle norme nel tempo vs. certezza del diritto e leale collaborazione tra poteri dello Stato. – 3. (segue) b) esigenze cautelari vs inusitati tempi di trasmissione dell'ordinanza *a quo*. – 4. Il vizio della norma impugnata: un bilanciamento irragionevole e sproporzionato tra beni costituzionali, che espone a rischio la salute, la sicurezza e l'incolumità dei lavoratori. – 5. La conferma dei principi sovrintendenti al bilanciamento della sent. 85/2013 e le molteplici differenze tra le due questioni di costituzionalità. – 6. Un interrogativo finale: fino a quando?

ABSTRACT:

Con la sent. n. 58 del 2018 la complessa vicenda delle acciaierie Ilva di Taranto torna di fronte alla Corte costituzionale, dopo la nota sent. n. 85 del 2013. Questa volta, la decisione è di illegittimità, poiché il bilanciamento operato dal legislatore tra lavoro, salute e iniziativa economica viene ritenuto irragionevole e sproporzionato. Alcuni primi commenti alla decisione vi hanno scorto

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università del Piemonte Orientale, segretario scientifico del CEIMS – Centro d'eccellenza interdipartimentale per il management sanitario, davide.servetti@uniupo.it.

una limitata e silenziosa correzione di rotta della Corte rispetto al precedente del 2013. In questo articolo, l'Autore ritiene che le rimarchevoli differenze tra le due situazioni normative (e le sottese situazioni fattuali) giudicate dalla Corte non autorizzino la lettura a favore di un ripensamento. Piuttosto, la decisione, interessante anche per altri profili oggetto di commento (abrogazione apparente dell'oggetto; procedura di incardinamento della questione), ripropone un aspetto centrale nella sent. n. 85, ovvero la dimensione temporale del bilanciamento legislativo allora considerato legittimo e la sua resistenza al trascorrere degli anni.

The article comments the decision of Italian Constitutional Court no. 58/2013, which has faced again (after the well-known dec. no. 85/2013) the complex case of steelworks "Ilva" in Taranto. This time, the Court declares unconstitutional the contested law, because it considered not proportioned and not reasonable the legislative balance among constitutional rights involved (work, health, economic freedom). Contrary to some first comments to the decision, this article notes that the Court hasn't overhauled the principles at the base of dec. no. 85/2013 and that the different end of the judgement has to be explained starting from the very different issues decided in the two cases. By another point of view, the current decision suggests to reflect about the temporal dimension of the legislative balance validated by the Court in the judgment of 2013 and about the endurance of this balance in front of the changes in the situation of Taranto steelworks in these years.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 58 del 2018 la complessa vicenda delle acciaierie Ilva di Taranto torna di fronte alla Corte costituzionale, che su di essa si era pronunciata nella nota sentenza n. 85 del 2013. Non è la prima volta, poiché con la sentenza n. 182 del 2017 la Corte aveva vagliato la legittimità di uno dei numerosi c.d. decreti Ilva (il d.l. 98/2016, conv. l. 151/2016) e respinto il ricorso della Regione Puglia volto a censurare la carenza di adeguate forme di partecipazione della medesima alla revisione del "Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria" di cui al d.l. 61/2013 (conv. l. 89/2013)¹; e tuttavia nella decisione in commento, come in quella di cinque anni prima, è di nuovo al centro dell'attenzione il bilanciamento tra beni e diritti costituzionali², in particolare, in questo caso, iniziativa economica, lavoro e salute (essenzialmente senza implicazioni di natura ambientale).

Questa volta, il bilanciamento operato dal legislatore viene ritenuto irragionevole e sproporzionato e la Corte dichiara l'illegittimità della norma impugnata. Alcuni primi commenti alla decisione, pur notando le differenze tra le rispettive questioni, hanno scorto nell'argomentazione che sostiene questo diverso esito del giudizio una limitata e silenziosa

¹ Sulla quale può vedersi E. VERDOLINI, *Il caso ILVA di Taranto e il 'fil rouge' degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 24 febbraio 2018.

² Tale bilanciamento, nella sentenza n. 182 del 2017, resta sullo sfondo e non è oggetto del giudizio, benché sia utile segnalare il suo richiamo e la sua conferma da parte della Corte: cfr. punto 3.2, c.d.

correzione di rotta della Corte rispetto al precedente del 2013³, al quale una parte degli osservatori aveva rivolto aspre critiche⁴. Proprio le rimarchevoli differenze tra le due situazioni normative (e le sottese situazioni fattuali) affrontate dalla Corte, in presenza di una espressa e sostanziale conferma delle coordinate del bilanciamento del 2013, non autorizzano, a nostro avviso, la lettura a favore di un ripensamento; piuttosto, la decisione, non priva di interesse anche per la singolare vicenda normativa che ne definisce l'oggetto e per l'inusuale vicenda procedurale dell'incardinamento della questione presso il giudice costituzionale, ripropone un aspetto centrale nella logica emergente dall'articolata motivazione della sentenza n. 85, ovvero la dimensione temporale del bilanciamento legislativo allora considerato legittimo e la sua resistenza al trascorrere degli anni e all'evolversi della storia dentro e fuori i quindici milioni di metri quadri dello stabilimento tarantino.

2. Due circostanze singolari e non marginali: a) anomala successione delle norme nel tempo vs. certezza del diritto e leale collaborazione tra poteri dello Stato

Prima di entrare nel merito della questione di costituzionalità, è opportuno dedicare un cenno a due circostanze che hanno, pur in misura diversa, inciso sul giudizio. La prima attiene all'oggetto stesso della questione e riguarda l'«anomalo intreccio di interventi normativi», come lo definisce la Corte, sul quale il giudice costituzionale è stato chiamato a pronunciarsi.

L'ordinanza di rimessione, infatti, rivolgeva le proprie censure all'art. 3 del decreto-legge 4 luglio 2015, n. 92, il quale sospendeva gli effetti dei provvedimenti di sequestro disposti dall'autorità giudiziaria, in ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori, nei confronti di stabilimenti di interesse strategico nazionale. Più precisamente, il legislatore del

³ In tal senso, cfr. R. DE VITO, *La salute, il lavoro, i giudici*, in www.questionegiustizia.it, 24 marzo 2018 (ove si legge ad esempio che alcuni passaggi della sentenza «appaiono particolarmente significativi nell'ottica dello smantellamento della tanta declamata, quanto fittizia, contrapposizione tra le ragioni dell'economia e le ragioni del diritto, o meglio ancora, dei diritti della persona. Contrapposizione fittizia, perché già risolta dal legislatore costituente, anche se a volte abbiamo finito per trascurare o rimuovere tale dato») e G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, *ivi*, 10 aprile 2018 (ove si sostiene che «in realtà, pur non sconfessando (come era ovvio) la precedente sentenza del 2013, oggi la Corte tratta il problema in modo ben diverso, privilegiando, nella motivazione non tanto bilanciamenti e compromessi quanto la fondamentale importanza del diritto alla salute»); considerazioni nel senso del «ripensamento», benché in termini più dubitativi, sono presenti anche in S. FREGA, *L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in *Consulta Online*, 23 luglio 2018.

⁴ Cfr. S. PALMISANO, *Del «diritto tiranno». Epitome parziale di un'indagine su cittadini già al di sopra di ogni sospetto*, in *Questione Giustizia*, 2014, n. 2, pp. 89 ss.; A. CIERVO, *Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte costituzionale sul caso ILVA*, *ivi*, pp. 125 ss.; E. VIVALDI, *Il caso ILVA: la «tensione» tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Federalismi*, 24 luglio 2013.

2015, richiamando esplicitamente (seppur ambigualmente⁵), l'art. 1 del decreto-legge n. 207/2012, prevedeva che il sequestro non potesse impedire la prosecuzione dell'attività d'impresa nei predetti stabilimenti a condizione che, entro trenta giorni dal provvedimento cautelare, l'azienda adottasse un piano «recante misure e attività aggiuntive, anche di tipo provvisorio, per la tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro», da comunicarsi successivamente all'autorità giudiziaria, nonché alle amministrazioni preposte alle attività di vigilanza e controllo in materia (Comando dei Vigili del fuoco, ASL, INAIL). Ai sensi della disposizione impugnata, tale adempimento avrebbe consentito la prosecuzione dell'attività, senza soluzione di continuità (quindi con l'effetto di sanare la violazione del provvedimento giudiziario durante il decorso del termine concesso per l'adozione del piano), per un periodo massimo di dodici mesi. Il decreto-legge stabiliva espressamente che tale disciplina si applicasse «anche ai provvedimenti di sequestro già adottati alla data [della sua] entrata in vigore [...] e i termini di cui ai commi 2 e 3 decorr[essero] dalla medesima data». La fattispecie concreta cui si riferiva questa disciplina era rappresentata dalla situazione venutasi a creare a seguito di un incidente mortale verificatosi l'8 giugno 2015 presso l'altoforno n. 2 dell'Ilva di Taranto, dove perse la vita un operaio incaricato della misurazione della temperatura dell'impianto, a causa dell'improvvisa fuoriuscita di materiale incandescente. La Procura (18 giugno) aveva disposto il sequestro preventivo senza facoltà d'uso, poi convalidato dal Gip (29 giugno). Il 4 luglio veniva emanato il decreto-legge n. 92 e l'azienda – che, si ricorda, era sottoposta ad amministrazione straordinaria da parte di commissari governativi – ne chiedeva l'esecuzione con un'istanza che la Procura, contraria all'accoglimento, trasmetteva al Gip, il quale sollevava questione di legittimità costituzionale con ordinanza del 14 luglio⁶.

⁵ La lettera della disposizione, infatti, recitava: «come già previsto dall'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231» (c.vo nostro). Se il richiamo ha certamente la funzione di voler riportare tale intervento normativo alla *ratio* e al bilanciamento compiuto dal legislatore del 2012, con il connesso auspicio (che la relazione illustrativa al d.d.l. di conversione C.3210 non celava) di beneficiare della copertura costituzionale riconosciuta dalla sentenza n. 85/2013, non è altrettanto vero che quanto disposto dalla norma censurata fosse *previsto* da quella evocata, sia perché sono parzialmente diversi i beni costituzionali in gioco (con la sicurezza dei lavoratori in primo piano) sia perché il decreto n. 92/2015 non si inserisce in un contesto procedimentale com'era quello dell'AIA, bensì ne disegna uno nuovo e diverso, come si dirà meglio nel testo.

⁶ La vicenda è peculiare anche dal punto di vista procedimentale: da quanto risulta dall'ordinanza di rimessione (v.la in G.U., serie spec. – Corte cost., n. 20 del 17 maggio 2017), l'istanza dell'azienda non era formalmente rivolta alla revoca del sequestro (*ex art.* 321, c. 3), bensì all'adozione di provvedimenti idonei a dare applicazione alla sospensione prevista *ex lege*, sui quali l'istante riteneva competente la Procura, ma non escludeva che questa richiedesse «l'intervento dell'organo giurisdizionale della fase». La Procura, in effetti, si riteneva incompetente a decidere e trasmetteva l'istanza al Gip con proprio parere negativo, nel quale auspicava: in via principale, il rigetto della richiesta per inapplicabilità dell'art. 3, d.l. 92/2015, in quanto il sequestro non avrebbe impedito la prosecuzione dell'intera attività produttiva, potendo essa contare sull'attività di un altro altoforno – l'argomento non teneva conto del fatto che all'altoforno 2 facesse capo oltre la metà della capacità produttiva dell'acciaieria, che in quel momento non poteva contare su altri due dei quattro altoforni attivi – ; in via subordinata, la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale. Il Gip, ritenutosi competente nell'ambito di quello che definiva come un incidente d'esecuzione *ex art.* 665 ss. c.p.p., sospendeva tale procedimento e rimetteva questione di legittimità alla Corte. Questi particolari, contro le prime apparenze, non sono affatto irrilevanti per il nostro discorso, poiché, come si vedrà oltre nel testo, è anche questa peculiare configurazione del procedimento destinato ad essere sospeso fino alla decisione del giudice costituzionale che consentirà alla Procura, in fatto e in diritto,

A questo punto, il legislatore sceglieva di complicare il quadro normativo. Con l'articolo 1, comma 2, della legge 6 agosto 2015, n. 132 (ovvero la legge di conversione di un altro decreto-legge, il n. 83 di quell'anno, in materia fallimentare e di amministrazione giudiziaria) veniva abrogato l'art. 3, d.l. 92/2015, i cui effetti erano contestualmente fatti salvi per il periodo di vigenza⁷. Mediante analoga disposizione inserita in un'altra legge di conversione cronologicamente vicina⁸, la stessa sorte (abrogazione e sanatoria degli effetti) toccava agli altri due articoli del d.l. 92, il quale veniva così lasciato decadere. Tuttavia, tra le modifiche apportate in sede di conversione dalla legge n. 132/2015 al d.l. 83/2015, il legislatore comprendeva altresì una disposizione (l'art. 21-*octies*) che riproduceva testualmente quell'art. 3, d.l. 92/2015, che quella stessa legge abrogava.

La Corte dedica una parte significativa delle motivazioni a ricostruire e stigmatizzare questa anomala sequenza normativa⁹. Essa respinge l'eccezione della difesa erariale volta a rilevare l'inammissibilità della questione per sopravvenuta carenza di interesse in ragione di un'abrogazione della norma oggetto che la Corte definisce soltanto «apparente», giacché le contestuali sanatoria degli effetti dell'art. 3 impugnato e stabilizzazione per il futuro della base legislativa dei medesimi attraverso l'art. 21-*octies* citato hanno determinato una continuità temporale della vigenza della norma in questione nell'ordinamento. Estendendo dunque gli effetti del giudizio anche alle successive disposizioni menzionate, la Corte non manca di censurare un comportamento dissimulatorio del legislatore che «reca pregiudizio alla chiarezza delle leggi e alla intelligibilità dell'ordinamento» e che, laddove non fosse vietato, gli consentirebbe «di dilazionare, ostacolare o addirittura impedire il giudizio di questa Corte, in contrasto con il principio di economia dei giudizi (sent. 84 del 1996) e a scapito della pienezza, tempestività ed effettività del sindacato di costituzionalità delle leggi, compromettendo in modo inaccettabile la tutela di diritti fondamentali, specie se connessi, come nel caso in esame, alla tutela della vita» (punto 2.2, c.d.). Parole inequivocabili, queste del giudice costituzionale, che, al di là della non rilevanza formale di siffatte caratteristiche delle disposizioni in questione ai fini della loro legittimità, ne riconosco-

di "gestire" il dissequestro dell'impianto secondo le diverse forme della revoca condizionata (art. 321, c. 3, c.p.p.; art. 85, n. att. c.p.p.). Ciò comporterà un decorso della vicenda (almeno formalmente) indipendente dall'applicazione dell'art. 3, d.l. 92/2015 e, perciò, autonomo rispetto al procedimento sospeso dall'ordinanza di rimessione; il che si riflette naturalmente sugli effetti concreti della stessa sentenza della Corte e può aiutare a comprendere (almeno parzialmente) la singolarità delle tempistiche sulle quali ci si soffermerà nel § 3.

⁷ L'art. 1, comma 2, della legge n. 132/2015 recitava: «L'articolo 3 del decreto-legge 4 luglio 2015, n. 92, è abrogato. Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo articolo 3 del decreto-legge n. 92 del 2015».

⁸ Si tratta della legge 6 agosto 2015, n. 125 (di conversione del d.l. 78/2015), il cui art. 1, comma 3, dispone che: «Gli articoli 1 e 2 del decreto-legge 4 luglio 2015, n. 92, sono abrogati. Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi articoli 1 e 2 del decreto-legge n. 92 del 2015».

⁹ Sui profili concernenti questa anomala conversione del decreto-legge e il conseguente trasferimento della questione di legittimità, si vedano i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali contenuti in R. ROMBOLI, *Nota di richiami a Corte cost. 58/2018*, in *Il Foro italiano*, 2018, n. 4, pt. I, col. 1078.

no una sostanziale lesività nei confronti tanto dell'interesse alla chiarezza della legge (e, dunque, alla certezza del diritto) quanto del principio della leale collaborazione tra poteri dello Stato, a danno dello stesso sistema di giustizia costituzionale.

3. (segue) b) esigenze cautelari vs inusitati tempi di trasmissione dell'ordinanza *a quo*

Quella che concerne il tortuoso percorso normativo che definisce l'oggetto del giudizio non è, però, l'unica circostanza anomala del giudizio qui all'attenzione. Il lettore della sentenza, infatti, potrebbe essere giustamente colpito anche dall'*incipit* della parte in diritto della pronuncia, ove si precisa che, pur risalendo l'ordinanza di rimessione al 14 luglio 2015, essa sia stata trasmessa alla Corte il 7 febbraio 2017. Con tale precisazione, il giudice costituzionale pare tacitamente offrire all'interprete la spiegazione di una distanza temporale che poteva già cogliersi dal numero di registro assegnato all'atto di promovimento e dalla data della conseguente pubblicazione in Gazzetta ufficiale e che sembrerebbe dunque non imputabile alla Corte medesima e alla sua cancelleria, bensì – *tertium non datur* – all'ufficio giudiziario di appartenenza del giudice rimettente.

Di fronte a questo dettaglio ci si potrebbe arrestare a constatare la tensione tra le esigenze di celerità del giudizio *a quo* (un incidente d'esecuzione relativo ad un procedimento cautelare incentrato su di un sequestro preventivo¹⁰) e la singolare lentezza nella trasmissione degli atti al giudice delle leggi, pur non mancando elementi di interesse per ragionare intorno al rispetto delle norme che governano il processo costituzionale¹¹.

¹⁰ Sui diversi problemi emersi intorno all'istituto del sequestro preventivo, quando questo insiste su di uno spazio di tutela di interessi di fatto condiviso tra giurisdizione e amministrazione e bisognoso di prudente impiego dei rispettivi poteri da parte degli organi dello Stato insistenti nell'uno e nell'altro campo, si è spesa una parte rilevante della discussione sulla vicenda sottesa alla sentenza della Corte n. 85/2013 e sul regolamento di confini in essa contenuto: cfr. in particolare le considerazioni su questi profili svolte in V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, n. 3, pp. 1494 ss., e R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, *ivi*, pp. 1505 ss.; sul tema, a commento della pronuncia qui all'attenzione, vedi ora anche D. PULITANÒ, *Una nuova "sentenza ILVA". Continuità o svolta?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, n. 2, pp. 604 ss.

¹¹ Un primo interrogativo posto dal caso potrebbe essere se l'art. 18 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale trovi la propria condizione di efficacia nella mera emanazione dell'ordinanza di rimessione o anche nell'incardinamento della questione presso la Corte; una possibile risposta discenderebbe dalla considerazione che ove l'accertamento presidenziale di cui all'art. 2 delle medesime norme integrative abbia esito positivo, qualsiasi sia il tempo in cui tale verifica avvenga, spostati al momento della pronuncia dell'ordinanza il *dies a quo* in cui l'art. 18 esplica i propri effetti. Un secondo profilo riguarda l'art. 23, comma 2, della legge n. 87/1953, nella parte in cui stabilisce che, con l'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* «dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale». Atteso che, nel caso di specie, la norma in questione non è stata rispettata, è meno agevole di quanto appaia definire le conseguenze di tale violazione, sia dal punto di vista della individuazione delle responsabilità (in capo alla cancelleria, al giudice rimettente che non ha curato l'esecuzione del proprio ordine di trasmissione, al dirigente dell'ufficio?) sia dal punto di vista delle eventuali sanzioni (parrebbe ad esempio da escludersi, a mente delle fattispecie tipizzate all'art. 3, d.lgs. 109/2006, la sussistenza di un illecito di disciplinare); certo è che a soffrirne è la garanzia offerta dal giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Tuttavia, l'inusitata circostanza sembra connessa allo sviluppo che concretamente ha preso il procedimento penale già in fase d'indagine e poco dopo il verificarsi delle vicende legislative sopra ricomposte. Infatti, risulta¹² che all'inizio di settembre del 2015 Procura e azienda avessero raggiunto un accordo sul dissequestro, il quale è avvenuto nelle forme consentite dal combinato disposto degli art. 321, c. 3, c.p.p. e 85 n. att. c.p.p., ovvero mediante revoca da parte del pubblico ministero condizionata all'esecuzione (entro il successivo 31 ottobre) di adempimenti utili a far cessare il pericolo alla base del provvedimento cautelare e, nella specie, consistenti in operazioni di messa in sicurezza dell'altoforno n. 2. Va ipotizzato che un simile decorso del procedimento sia stato tutt'altro che incondizionato dall'intervento governativo, il quale, da un lato, aveva fatto da schermo alla legalità della prosecuzione dell'attività dell'altoforno, ma, dall'altro, con la sua dubbia costituzionalità rilevata dal Gip, non prometteva alcuna certezza rispetto alla resistenza di tale schermo. Il che può spiegare come, ricercando in concreto un concorde bilanciamento degli interessi in gioco, Procura e azienda abbiano trovato nelle ordinarie disposizioni del procedimento penale la soluzione al problema, lasciandosi alle spalle il ricorso alla norma eccezionale introdotta dal legislatore e l'incidente di esecuzione instaurato alla luce di quella; e in ciò può ipotizzarsi che la scelta di lasciar "galleggiare" l'ordinanza in uno spazio temporale indeterminato tra emissione e trasmissione abbia giovato sia a non disturbare il raggiungimento di un accordo sia a mantenere una certa tensione sul percorso di messa in sicurezza dell'altoforno, benché una simile illazione resti solo parzialmente soddisfacente per comprendere la durata dell'attesa e la scelta del momento della trasmissione. Di certo v'è che proprio questo insolito svolgersi dei fatti destituisca di effetti concreti sulla vicenda tarantina la decisione della Corte: non sembra infatti potersi sostanzialmente obiettare all'opinione secondo la quale, in ultima analisi, la prosecuzione dell'attività dell'altoforno aveva presto riconquistato in via ordinaria una base legale a prescindere dalla norma *ad hoc* poi dichiarata incostituzionale¹³. L'assenza di un legittimo fondamento per l'uso dell'impianto sequestrato nei giorni intercorsi tra l'esplicarsi degli effetti retroattivi del decreto-legge n. 92/2015 e il provvedimento di restituzione della Procura è stata e resterà una lesione della legalità costituzionale senza puntuale riparazione.

¹² Si vedano le notizie di stampa apparse in quel periodo; ad es.: Redazione, *Ilva: procura revoca sequestro Altoforno 2*, www.rainews24.it, 7 settembre 2015.

¹³ Tale è stata la posizione espressa dall'azienda nel comunicato del 23 marzo 2018, giorno del deposito della sentenza in commento, consultabile al link: <http://www.gruppoilva.com/it/press-release/2018-03-23/comunicato-stampa>.

4. Il vizio della norma impugnata: un bilanciamento irragionevole e sproporzionato tra beni costituzionali, che espone a rischio la salute, la sicurezza e l'incolumità dei lavoratori

Venendo ai profili di merito, indubbia è invece la forza della decisione non solo nell'eliminare dall'ordinamento la pericolosa disciplina censurata, ma anche nel contribuire ad un chiarimento circa i limiti e i mezzi del bilanciamento legislativo tra i beni costituzionali coinvolti.

Secondo la Corte, «il legislatore non ha rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita» (punto 3.2, c.d.).

A favore di questi ultimi beni protetti, la disciplina contestata manca di «specifici contrappesi»¹⁴ che consentono di non rendere “tiranni” gli interessi economici e sociali che pure, in astratto, al legislatore non è precluso perseguire, quando intenda «salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e [...] garantire i correlati livelli di occupazione, prevedendo che sequestri preventivi disposti dall'autorità giudiziaria nel corso di processi penali non impediscano la prosecuzione dell'attività d'impresa» (punto 3.1, c.d.).

A questo proposito, viene censurato il fatto che la prosecuzione dell'attività d'impresa sia subordinata soltanto all'adozione di un atto unilaterale dell'azienda, i cui contenuti non sono oggetto di alcuna elaborazione partecipata con «altri soggetti pubblici o privati», i quali avrebbero potuto essere autorità pubbliche competenti, nei cui confronti la disciplina contestata prevedeva una mera comunicazione successiva, sia le associazioni rappresentative dei lavoratori; né i contenuti del piano previsto sono parametrati a prescrizioni e obiettivi necessari a ripristinare condizioni di sicurezza degli impianti, come invece avrebbe potuto disporsi con specifiche indicazioni o almeno con rinvio alla normativa in materia; un rinvio, quest'ultimo, che, mancando, rendeva «ambigua e indeterminata l'effettiva possibilità di incidenza»¹⁵ dei poteri di vigilanza e monitoraggio riconosciuti alle amministrazioni ivi contemplate quali destinatarie della trasmissione del piano.

Inoltre, la Corte valuta criticamente la carenza di una tempestività e di una immediatezza delle misure aggiuntive di messa in sicurezza degli impianti che il termine di trenta gior-

¹⁴ Secondo la formula utilizzata dal giudice *a quo*, le cui scelte argomentative vengono condivisibilmente apprezzate anche da alcune voci a commento della sentenza (cfr. E. APRILE, *Osservazioni a C. cost., data udienza (7 febbraio 2018), data deposito 23 marzo 2018, n. 58*, in *Cassazione penale*, 2018, n. 6, pp. 1961b ss.).

¹⁵ Questa citazione testuale, come la precedente, è tratta dal punto 3.2, c.d., della sentenza.

ni fissato per l'adozione del piano aziendale non assicura, unitamente all'incertezza alla quale la qualificazione delle misure come «anche di tipo provvisorio» consegna la capacità protettiva delle medesime sia nei tempi sia nella sostanza.

Questi quattro elementi (definizione condivisa delle misure di messa in sicurezza, determinatezza dei parametri normativi di riferimento delle medesime, adeguatezza del sistema dei controlli, immediatezza degli interventi e certezza dei tempi) possono considerarsi complessivamente comporre una “infrastruttura procedurale” che, presente nella disciplina legislativa avallata dalla Corte nel 2013, mancava quasi del tutto in quella oggetto della sentenza in commento. È proprio a causa dell'omessa previsione di questo quadro regolatorio, non solo della condotta dell'azienda ma delle forme stesse della tutela amministrativa cui rimettere gli interessi alla cui lesione aveva reagito l'autorità giudiziaria in forza della legge penale, che il legislatore del 2015 «ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)» (punto 3.3, c.d.).

5. La conferma dei principi sovrintendenti al bilanciamento della sent. 85/2013 e le molteplici differenze tra le due questioni di costituzionalità

La motivazione della sentenza è chiara nell'impostare i rapporti tra il caso in commento e quello deciso dalla sentenza del 2013. La Corte osserva che il legislatore del 2015, anche per via del richiamo espresso al d.l. 207/2012, intende porre la disciplina del d.l. 92 in continuità con quel precedente e, poiché la costituzionalità di quest'ultimo è stata vagliata dalla sentenza n. 85, «è alla luce dei principi ivi stabiliti che la odierna questione di legittimità costituzionale deve essere esaminata». L'argomentazione che segue si mostra fedele al proposito, poiché, prima, la Corte ricostruisce i principi che sovrintesero al bilanciamento in quella pronuncia, poi, scandaglia su queste basi le norme censurate e ne riconosce le singole mancanze che rendono eccessiva la protezione offerta dal legislatore alla tutela dell'impresa e dei livelli occupazionali e insufficiente quella rivolta alla salute e sicurezza dei lavoratori.

Nel distillare l'articolata motivazione del 2013 e le sue dense affermazioni¹⁶, la Corte richiama anzitutto il principio in forza del quale rientra nella discrezionalità del legislatore

¹⁶ Per il cui approfondimento si rinvia a: V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, n. 3, pp. 1494 ss.; D. PULITANO, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, *ivi*, pp. 1498 ss.; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*, *ivi*, pp. 1505 ss.; G. SERENO, *Alcune*

proteggere la continuazione dell'attività produttiva di aziende strategiche per il sistema socio-economico nazionale anche mediante la limitazione dei poteri cautelari dell'autorità giudiziaria. Accanto a questo, la Corte ricorda il divieto di prevalenza assoluta di un diritto con sacrificio totale dell'altro, evocato mediante la nota metafora della tirannide¹⁷. Tale divieto – coerente con la tradizionale affermazione della Corte per cui il concetto di limite è insito nel concetto di diritto¹⁸ – è contestualmente limite positivo e negativo all'esercizio della discrezionalità legislativa in parola, la quale, al fine di evitare che la tutela giurisdizionale del diritto all'ambiente e alla salute sacrifichi del tutto l'interesse al mantenimento

discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento, ivi, pp. 1511 ss.; L. GENINATTI SATÉ, "Caso Ilva": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013), in Forumcostituzionale.it, 16 maggio 2013; M. MEZZANOTTE, Il "sistema normativo ambientale" nella sentenza ILVA, tra scelte discrezionali e bilanciamento dei diritti, in Rassegna parlamentare, 2013, n. 3, pp. 669 ss.

¹⁷ La metafora, come noto, è risalente e densa di significati che possono riflettere orientamenti giusfilosofici assai distanti, perché al problema della "tirannide" dei *diritti* e dei *principi* è sottesa la questione dei *valori* e dietro la metafora, che nell'uso che fa la Corte è valorizzata nel reciproco rapporto tra diritti, s'insidiano invero la tensione tra politica e diritto cui il costituzionalismo risponde e, scendendo di scala, la questione dell'assetto dei poteri nello Stato, che rinvia immediatamente al rapporto tra potere politico e potere giudiziario. Doveroso segnalare quindi, almeno come "punto d'attacco" alle problematiche evocate da quella scelta lessicale il riferimento a C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* [1960 e 1967], ed. it. a cura di G. Gurisatti, Milano, Adelphi, 2008, la cui esplorazione in profondità è consentita, nell'edizione citata, dal saggio di F. VOLPI, *Anatomia dei valori*, presente in appendice al volumetto (pp. 69 ss.); per sviluppare il nostro mero cenno al riflesso sull'assetto dei poteri non sembra fuori luogo, anche in ragione dell'identità del redattore della sent. n. 85/2013, rinviare a G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, spec. pp. 10-17, ove l'Autore si confronta con la posizione di Schmitt e scrive: «Si capisce con chiarezza che il bersaglio della polemica è, nell'immediato, la giurisdizione costituzionale [...] Con la consueta acutezza, il massimo teorico del decisionismo si avvedeva che l'espandersi della giurisdizione costituzionale minacciava – specie con la *Wertordnungslehre* del Tribunale costituzionale tedesco – lo stesso statuto teorico della sovranità dello Stato moderno, con i suoi principi politici insofferenti di limiti e condizionamenti. Si apre la strada allo spauracchio del "governo dei custodi" o della "espertocrazia" agitato anche in tempi molto recenti. A questo punto però il problema non sono i valori, ma chi li attua e chi opera la mediazione tra essi. [...] La polemica contro la teoria dei valori sembra allora convertirsi in una polemica contro il "governo dei giudici" [...]» (pp. 14-15).

¹⁸ Riferimenti giurisprudenziali, a partire dalla sentenza n. 1 del 1956, circa questa ricorrente affermazione del giudice costituzionale in A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, II, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 185 ss., spec. p. 190, ove l'Autore critica l'affermazione quale premessa dell'elaborazione da parte della Corte della categoria dei c.d. limiti impliciti alle libertà enumerate. Ora, l'argomento cui si è alluso sollecita temi di ordine generale che attraversano poderosamente la sentenza n. 85 del 2013, ove sono presenti i problemi del conflitto tra diritti, dell'assenza (nella nostra tradizione costituzionale) di una dottrina dei valori su base gerarchica, della necessità di un bilanciamento giurisdizionale dei medesimi (anche ove acquisiti le forme del controllo di ragionevolezza e proporzionalità sul bilanciamento operato dal legislatore o dall'amministrazione). Per una panoramica di ampio respiro, che si incarica di prendere in esame, da un punto di osservazione giusfilosofico, le diverse posizioni sui problemi del conflitto e del bilanciamento dei diritti e che reca numerosi riferimenti bibliografici alla dottrina costituzionalistica, cfr. G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 2006, n. 1. Il bilanciamento di interessi nella giurisprudenza costituzionale è pressoché sempre trattato nella dottrina italiana quale tema interno alla problematica della ragionevolezza (benché alcuni autori, come il primo tra quelli di seguito citati, sostengano la necessità di distinguere e, per certi versi, separare i due concetti e le relative tecniche): per un approfondimento mediante studi *ex professo* sul tema cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, spec. pp. 309 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, spec. pp. 275 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, spec. pp. 33 ss.; A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Diritto pubblico*, 2016, n. 2, pp. 625 ss., spec. pp. 654 ss.

della produzione e dei livelli occupazionali, può sì rideterminare lo spazio di azione di siffatta tutela, ma senza incorrere nell'opposto sacrificio.

Un simile bilanciamento, che la Corte richiama al rispetto di criteri di ragionevolezza e proporzionalità e che descrive come una situazione in cui deve essere «garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati», nel d.l. 207/2012 si traduceva nella scelta del legislatore di condizionare la «prosecuzione dell'attività d'impresa [...] all'osservanza di specifici limiti, disposti in provvedimenti amministrativi relativi all'autorizzazione integrata ambientale, e assistita dalla garanzia di una specifica disciplina di controllo e sanzionatoria» (punto 3.2, c.d.).

È in questo senso che la Corte conferma il bilanciamento operato con il d.l. 207/2012 come rispondente ai predetti principi costituzionali e lo assume a termine di paragone delle norme oggetto della decisione in commento: la procedura di autorizzazione integrata ambientale, cui rinviava il d.l. 207/2012 includeva meccanismi di partecipazione, mentre il piano straordinario previsto dal d.l. 92/2015 prevede un atto unilaterale che, di per sé, pregiudica la possibilità che la partecipazione garantisca rilievo a tutte le posizioni, il cui confronto è utile alla ponderazione e composizione in concreto dei rispettivi interessi; l'AIA prescriveva misure, validate sotto il profilo tecnico dai preposti organismi, da realizzarsi entro termini prestabiliti, laddove la norma censurata manca di questi contenuti; siffatte prescrizioni dell'AIA ponevano in condizione le autorità competenti di monitorare, vigilare e sanzionare gli inadempimenti, mentre l'omessa indicazione delle stesse nel d.l. 92/2015 compromette la seria possibilità che le amministrazioni ivi individuate esercitino efficacemente le proprie funzioni di controllo; e così via.

Questa sobria “modellizzazione” del bilanciamento legislativo del 2012 fa leva proprio sulla presenza di una disciplina procedimentale in grado, astrattamente, di controbilanciare la prosecuzione dell'attività produttiva e il mantenimento dei livelli occupazionali attraverso prescrizioni e controlli diretti a ripristinare gradualmente livelli adeguati di tutela della salute e dell'ambiente¹⁹ i quali, per essere effettivamente garantiti, richiedevano una molteplicità di misure necessariamente distribuite nel tempo, la cui sostenibilità economica dipendeva decisamente anche dalla prospettiva industriale dell'acciaieria.

La, assai più fragile, disciplina procedimentale del 2015 non risponde a tale “modello” e ai principi che vi sovrintendono. Ci pare difficile scorgere nelle affermazioni che colgono le inadeguatezze delle norme censurate l'applicazione da parte del giudice delle leggi di differenti criteri di pesatura tra gli interessi costituzionalmente rilevanti e, dunque, il segnale di una “correzione di rotta” rispetto alla linea tenuta nel 2013.

Vero è che la Corte, nel ricostruire i parametri della decisione, assegna all'art. 41 Cost. uno spazio che i commenti più critici alla sentenza n. 85 ritennero che qui gli fosse stato inde-

¹⁹ *Contra*, rispetto a questa valutazione sull'adeguatezza allo scopo del procedimento di autorizzazione integrata ambientale, cfr. E. VIVALDI, *Il caso ILVA*, cit., la quale critica questo aspetto chiave anche alla luce dell'evolversi della vicenda con il d.l. 61/2013.

bitamente negato, con il lamentato effetto di non aver la Corte sufficientemente testato il bilanciamento di allora alla stregua della “primarietà” che tale disposizione assegna alla libertà, sicurezza e dignità umana, nel cui alveo il diritto alla salute e all’ambiente avrebbero potuto opporre una maggiore resistenza. E non stupisce che i commenti che interpretano la sentenza n. 58 in discontinuità rispetto alla n. 85 facciano leva proprio sul fatto che nella decisione odierna la Corte richiami precedenti (sentt. nn. 405 del 1999 e 399 del 1996) in cui sono stati sottolineati i limiti alla libertà d’iniziativa economica imposti dall’art. 41 Cost. Tuttavia, una siffatta lettura non tiene conto delle molteplici e già notate differenze tra l’intervento legislativo del 2012 e quello del 2015²⁰ e, soprattutto, non riconosce la diversa configurazione che i beni costituzionali posti in bilanciamento assumono nelle situazioni oggetto dei due decreti-legge.

Nello scenario del 2012 a confrontarsi con l’interesse alla continuità della produzione e al mantenimento dei livelli occupazionali, allora ricondotti al parametro dell’art. 4 Cost., erano l’ambiente naturale e la salute dell’intera collettività tarantina, al cui interno era ricompresa la comunità dei lavoratori dell’Ilva, la quale costituiva al contempo anche il soggetto collettivo più direttamente interessato dalla tutela del lavoro²¹: in altri termini, ci si trovava allora di fronte a una tragica e complessa embricazione tra interessi e diritti in parte solidali e in parte antagonisti, la cui drammaticità era esplosa nel momento in cui il sequestro giudiziario pareva consegnare all’inconciliabilità reciproca la tutela della salute (e dell’ambiente), da un lato, e quella del lavoro, dall’altro, secondo una logica che dava rilievo alle relazioni antagoniste perdendo di vista quelle solidali. È a partire da queste ultime, invece, che il legislatore del 2012 operò un bilanciamento tra siffatti interessi e diritti poi ritenuto dalla Corte rispettoso dei principi costituzionali. La chiusura dell’impianto (soluzione netta a favore dell’interruzione immediata delle emissioni inquinanti) e la conseguente perdita del lavoro, sia per gli effetti diretti sui lavoratori sia per quelli indiretti sul sistema socio-economico locale, avrebbero pregiudicato il benessere fisico, psichico e sociale dei dipendenti dell’acciaieria e della generalità dei cittadini, senza che il blocco della produzione contribuisse alla sostenibilità del percorso di risanamento ambientale che si

²⁰ Al proposito, è netto il giudizio di D. PULITANÒ, *Una nuova “sentenza ILVA”*, cit. («Rispetto ai delicati e tanto discussi problemi di rapporti ed equilibri fra poteri, avevo valutato l’intervento del legislatore del 2012, “salvato” dalla Corte costituzionale, come segno che la spesso lamentata debolezza della politica rispetto al potere giudiziario può essere fronteggiata con un corretto uso degli strumenti del potere politico (legislativo e amministrativo). Di fronte agli sviluppi giustamente censurati dalla sentenza n. 58/2018, la valutazione deve farsi critica verso una politica incapace e arrogante, al punto di cercar di chiudere le porte al controllo sia del magistrato ordinario, sia della Corte costituzionale. La nuova sentenza si è dovuta occupare di un caso limite, una normativa speciale che aveva sostanzialmente azzerato, in un caso particolare, gli strumenti di tutela sia giudiziaria sia amministrativa, affidando tutto all’autoresponsabilità del gestore»), il quale coglie nella profonda differenza tra i due interventi legislativi le ragioni del diverso esito cui perviene la Corte nelle rispettive sentenze, che, per il resto, si prestano a «una lettura sistematica [che] può ritrovare una base comune appunto nella concezione della legalità come campo aperto a scelte di politica del diritto delle quali i principi costituzionali sono confini e criteri di organizzazione».

²¹ Il che si rifletteva, allora, anche nelle fattispecie contestate nel procedimento penale dal quale scaturirono i provvedimenti di sequestro sui quali intervenne il legislatore governativo-parlamentare con il d.l. 207/2012.

profilava come necessario affinché lavoro e impresa non proseguissero a generare rischi per la salute dei lavoratori e della comunità locale. Semplificando all'estremo: l'immediato e sicuro sacrificio del lavoro non si sarebbe tradotto in un duraturo e sostanziale beneficio per la salute e per l'ambiente. Diversamente, la prosecuzione dell'attività a condizione che l'impresa riducesse gradualmente le fonti di rischio ambientale e sanitario avrebbe offerto risorse economiche per tale ripristino e per il raggiungimento progressivo di adeguati livelli di tutela della salute e dell'ambiente, consentendo contestualmente di non far crollare i livelli occupazionali, con beneficio diretto dei lavoratori e indiretto della comunità tarantina, nonché del sistema economico nazionale trattandosi di settore industriale strategico. Certo: il temporaneo e decrementante sacrificio della salute umana e ambientale in tanto poteva considerarsi accettabile, in quanto confortato dalle valutazioni tecnico-scientifiche compiute dagli organismi dell'amministrazione a ciò deputati, le cui conclusioni divergevano allora da quelle degli esperti interpellati dall'autorità giudiziaria²².

Questo difficile intreccio lascia spazio nel 2015 a una situazione non meno tragica quanto a beni violati – giacché il procedimento penale scaturisce dalla morte di un operaio – ma certamente meno complessa quanto alle interazioni tra beni costituzionali rilevanti, nella quale era più agevole l'individuazione dell'interesse maggiormente esposto a rischio e dei suoi titolari: la salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori addetti a un singolo altoforno. Di fronte a questo nuovo scenario, allora, se è vero che la reazione dell'autorità giudiziaria alla violazione della protezione offerta dalla legge penale a quest'ultimo interesse, con il blocco della struttura di gran lunga più rilevante per la capacità produttiva dell'azienda, avrebbe potuto compromettere il delicato processo pluriennale di ristrutturazione industriale alla cui sorte si lega a filo doppio quello di risanamento ambientale, con ciò motivando la necessità e l'urgenza di uno straordinario intervento del legislatore, è altrettanto vero che la qualità e quantità di misure necessarie a ripristinare condizioni di sicurezza dell'impianto e riportare a livelli appropriati la tutela dei lavoratori non era prevedibilmente imponente e avrebbe potuto non intaccare gli equilibri tra gli altri interessi in gioco – come del resto è stato dimostrato in punto di fatto dagli sviluppi concreti del sequestro di cui si è già detto.

In un simile quadro, il legislatore, pur legittimato a salvaguardare il bilanciamento operato nel 2012, avrebbe potuto far leva su strumenti di tutela amministrativa del bene più esposto a rischio ampiamente consolidati nella c.d. legislazione prevenzionale, adattandone semmai l'applicazione alle peculiarità del caso, senza aggiungere all'eccezionale sospensione degli effetti di un provvedimento giurisdizionale l'introduzione, a beneficio peraltro

²² Fondamentale fu, infatti, il credito (e la connessa credibilità pubblica) che la Corte giudicò fosse da riconoscersi all'attività degli organismi tecnici dell'amministrazione competenti in confronto alle valutazioni espresse dagli ausiliari dell'autorità giudiziaria: su questo profilo (che la Corte affronta in particolare nei punti 10.3 e 12.3) cfr. almeno V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri*, cit., § 2.

di una gestione commissariale espressione dello Stato medesimo, di un regime derogatorio manifestamente sproporzionato.

6. Un interrogativo finale: fino a quando?

Nella sentenza n. 58, la Corte ritiene che una delle più gravi carenze della disciplina censurata sia l'omessa «richiesta di misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l'incolumità dei lavoratori», la quale veniva giudicata «tanto più grave in considerazione del fatto che durante la pendenza del termine è espressamente consentita la prosecuzione dell'attività d'impresa “senza soluzione di continuità”, sicché anche gli impianti sottoposti a sequestro preventivo possono continuare ad operare senza modifiche in attesa della predisposizione del piano e, quindi, senza che neppure il piano sia adottato». A ciò si aggiungeva la consentita “provvisorietà” delle misure che unilateralmente l'azienda avrebbe potuto prevedere nel piano medesimo.

In questa irragionevole gestione del tempo da parte del legislatore, a maggior ragione in presenza di un atto legislativo d'urgenza sospensivo degli effetti di un provvedimento cautelare emanato dall'autorità giudiziaria, si annida uno degli elementi sintomatici della sproporzione del sacrificio imposto alla salute dei lavoratori.

Il fattore tempo – declinato nella decisione recente qui esaminata in termini di “tempestività” – non è estraneo, dunque, al controllo su questo bilanciamento legislativo, come non lo fu – declinato in termini di “gradualità” – al ragionamento svolto dalla Corte nella sentenza del 2013, dove l'impossibilità di conciliare nell'immediato tutti i beni costituzionali rilevanti e di dipanare i complessi intrecci tra lavoro e salute, ove più d'una era la dimensione di tali beni che doveva essere posta in equilibrio con l'altra, è alla base della accettabilità di un percorso pluriennale come quello consentito e governato dall'AIA ai sensi del d.l. 207/2012. E non a caso la Corte insistette sulle procedure amministrative di controllo e sui dispositivi di garanzia giurisdizionale che, idonei in astratto a rischiarare le zone d'ombra di quello stato d'eccezione, costituivano un “contrappeso” essenziale per un mantenimento in concreto del bilanciamento tra gli interessi e i diritti in gioco. La «tutela unitaria, sistemica e non frammentata» che l'ordinamento prometteva, prevalentemente in via amministrativa, a tali diritti e interessi era tale se concepita diacronicamente, ovvero sapendo che, fase per fase, sarebbe diminuito il sacrificio richiesto alla salute dei lavoratori e della popolazione tarantina, nonché agli ecosistemi di quel territorio²³, non solo *per* ma soprattutto *grazie* alla più o meno immediata salvaguardia della continuità produttiva e dei livelli di occupazione, anch'essi bisognosi di cure prolungate.

²³ Sulla centralità della logica (prima ancora che delle tecniche) del bilanciamento in materia ambientale elementi essenziali e spunti per l'approfondimento in M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell'ambiente”*, in *Federalismi*, 2006, pp. 112-117, ove se ne evidenzia la dimensione diacronica e dinamica.

Se, nel tempo, la linea della Corte sulla legittimità di quel bilanciamento non è mutata, nel senso che si è argomentato più sopra, va dato atto che il legislatore ha tentato negli anni di “mantenere” quell’equilibrio raggiunto adattando le soluzioni normative all’evolvere dei fatti, ove tra i fatti sono da ricomprendersi anche gli inadempimenti della gestione privata presto commissariata, i ritardi alla base delle ripetute dilazioni di alcuni termini di esecuzione dell’AIA, le incertezze nella cessione dell’Ilva, infine perfezionatasi, a un nuovo gruppo privato.

Alla luce della sentenza in commento e, benché siano possibili solo indirette speculazioni, anche della sentenza n. 182 del 2017, si potrebbe ritenere nel complesso confermata la coerenza degli sviluppi normativi ai criteri fondamentali di un corretto bilanciamento tra beni costituzionali.

Il d.l. 92/2015 può considerarsi una eccezione cui l’ordinamento ha saputo reagire, benché con tempi e circostanze singolari. E, dunque, una conferma della regola.

Non sfugge, però, che, terminata (forse) la fase acuta della crisi industriale e migliorata (in parte) la situazione ambientale, il rapporto tra “temporaneità” delle misure e legittimità del regime parzialmente eccezionale che interessa la tutela di lavoro, ambiente e salute presso le acciaierie tarantine vada incontro a nuovi mutamenti.

Lo scorso aprile la Commissione per le petizioni del Parlamento europeo ha approvato la relazione conclusiva della missione conoscitiva svolta da una delegazione di deputati nel luglio 2017²⁴. Dal documento emerge una situazione che, nonostante il riconoscimento di fondamentali progressi rispetto al passato²⁵, è ancora soggetta a non poche criticità, le quali sono complessivamente accomunate, tra l’altro, dalla conclusione per cui la popolazione locale manifesti sfiducia e incertezza circa la gestione della crisi ambientale e sanitaria. Alcune criticità si traducono in raccomandazioni che divergono rispetto agli accertamenti e alle valutazioni tecniche dell’amministrazione nazionale (v. ad es. la n. 4) e parrebbero rilevanti, dunque, anche alla luce dei principi che reggono il bilanciamento tra beni costituzionali enunciati dalla sentenza n. 85 del 2013. Si tratta di un atto ispettivo espressione del potere di controllo politico-democratico sull’azione della Commissione europea e non è questa la sede per dar luogo agli approfondimenti necessari al fine di in-

²⁴ Il progetto del resoconto della missione, con le relative raccomandazioni, è stato presentato il 31 gennaio 2018, esaminato dalla Commissione nella seduta del 22 febbraio e approvato il 24 aprile. Nel documento (p. 2) si legge che la delegazione parlamentare si è proposta una «ricognizione in loco dei principali processi in corso, fonte d’inquinamento nonché forieri di problematiche per la salute e la sicurezza dei lavoratori e dei residenti e che includono ulteriori rischi futuri suscettibili di peggiorare la situazione generale nell’area interessata». Le visite e le audizioni effettuate avevano inoltre l’obiettivo di «acquisire elementi di fatto e di diritto, di cui tenere conto per poter valutare le misure urgenti di bonifica e riqualificazione del territorio, nonché di progressiva minimizzazione dell’impatto ambientale, e informazioni su tutte le opzioni industriali disponibili per la realizzazione di un modello in grado di tutelare appieno la salute dei cittadini e l’ambiente così come il benessere socioeconomico dell’area di Taranto». Oltre agli impianti delle acciaierie Ilva sono stati oggetto dell’iniziativa anche quelli della raffineria ENI che insiste nella stessa area industriale.

²⁵ La prima delle petizioni che dà avvio al procedimento risale al 2007 (n. 760; le altre rispondono ai nn. 1107/2011, 24/2012, 2207/2013).

cludere la considerazione dei suoi contenuti nella riflessione qui accennata sulla tenuta nel tempo del bilanciamento legislativo avallato dalla Corte²⁶. Certo è che dall'evolversi anche di simili valutazioni dipenderanno la resistenza di tale bilanciamento e la sua effettività.

²⁶ La Corte rivendica il potere di controllo sul bilanciamento legislativo quale garanzia di chiusura del sistema (fino all'*extrema ratio* del sindacato sulle valutazioni di merito in caso di manifesta irragionevolezza v. punto 12.6, c.d., sent. n. 85/2013), ma non va dimenticato che la responsabilità del bilanciamento è da imputarsi in prima battuta al legislatore. In tal senso, la sentenza del 2013 e quella odierna, com'è stato efficacemente scritto, «delineano (non è poco, è quello che la Corte può fare) i limiti e la cornice di possibili soluzioni legislative» (così: D. PULITANÒ, *Una nuova "sentenza ILVA"*, cit., il quale, proprio sul rapporto tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale di interessi come quelli interpellati dalla vicenda dell'Ilva, afferma: «Ai principi della legalità penalistica si lega [la] ripulsa dell'idea di un giudice di scopo, pur entro un sistema che ha scopi legalmente definiti. Spostare quanto più possibile dal giudiziario all'amministrativo la gestione degli interessi in gioco è una strada coerente con i principi costituzionali, compreso l'art. 41. Va in direzione di una ragionevole valorizzazione e responsabilizzazione delle autorità amministrative competenti per materia; deve fare i conti con la realtà di problemi che chiedono comunque una risposta»).

Il Supremo Tribunale Federale brasiliano e la questione dell'amianto*

Aristide Canepa**

SOMMARIO: 1. Introduzione; – 2. Prima fase: l'approccio formalistico; – 3. Seconda fase: fra procrastinazione e maturazione di una nuova sensibilità; – 4. Terza fase: il *revirement* imperfetto.

ABSTRACT:

Il lavoro ricostruisce ed analizza l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale del Supremo Tribunale Federale brasiliano legata alla problematica dell'uso dell'amianto, negli anni Duemila, dalle sentenze di taglio formalistico del 2003, fino alla dichiarazione di incostituzionalità della legge federale che autorizzava l'estrazione dell'amianto crisotilo, intervenuta nel 2017 ma ancora da applicare.

The work retraces and analyses the evolution of the constitutional review of the Brazilian Supreme Federal Court, on the matters related to the use of asbestos, in the 21st century. Starting by the exam of the formalistic judgments of the year 2003, the work reaches the statements on the unconstitutionality of the federal law allowing exploitation of chrysotile asbestos, delivered in 2017 but not yet implemented.

1. Introduzione

Il 29 novembre 2017, il Supremo Tribunale Federale brasiliano (d'ora in avanti STF) dichiarava l'incostituzionalità, con effetto vincolante *erga omnes*, dell'art. 2 della legge federale n. 9.055/1995, che autorizzava l'estrazione, la lavorazione e la commercializzazione dell'a-

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Le citazioni testuali dal portoghese sono tradotte dall'Autore. La data di ultima consultazione dei siti citati è l'8 novembre 2018.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Genova, aristide.canepa@unige.it.

mianto, nella sola variante crisotilo (il c.d. amianto bianco). Tale decisione, che potrebbe portare al bando totale del minerale in oggetto, inserendo anche il Brasile nel numero crescente di paesi che ne hanno vietato l'utilizzo, non ha però ancora avuto – per le ragioni che si spiegheranno *infra* – piena attuazione. Nondimeno, si tratta di una decisione storica che, in prospettiva, potrebbe forse porre la parola fine su un contenzioso ormai pluri-decennale, e che costituisce elemento di interesse non solo in rapporto al tema centrale del diritto alla salute, bensì anche ad altri importanti aspetti dell'ordinamento costituzionale brasiliano, come il rapporto tra federazione e stati-membri, la gerarchia delle fonti, gli strumenti e le procedure per il controllo di costituzionalità.

Il 24 giugno 1986, nel quadro delle crescenti preoccupazioni indotte dagli studi medici sulle conseguenze dell'esposizione ad amianto, che a partire dagli anni Settanta del secolo scorso avevano indotto un crescente numero di Paesi a stabilire limitazioni al suo utilizzo industriale e/o alla sua estrazione¹, viene stipulata a Ginevra la convenzione n. 162 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, relativa alla sicurezza nell'utilizzazione dell'amianto. Sebbene il testo della Convenzione non imponga un obbligo assoluto di bandire l'uso di ogni forma di amianto, esso vincola gli Stati contraenti a limitarlo e ad aggiornare periodicamente la propria legislazione in materia, sulla base dell'avanzamento degli studi scientifici sulla pericolosità della sostanza (art. 3, § 2). Questa idea di legislazione *in progress* svolgerà un ruolo piuttosto importante nei successivi sviluppi della questione amianto in Brasile, fornendo quanto meno una base giuridica alle diverse leggi statali che interverranno in senso più restrittivo di quella federale, ponendo le basi dell'importante contenzioso giudiziario di cui si cerca di dar conto nel presente scritto.

Dopo l'approvazione parlamentare della Convenzione, intervenuta col Decreto Legislativo n. 51 del 25 agosto 1989, il Brasile ne deposita gli strumenti di ratifica in data 18 maggio 1990 e questa entra in vigore sul suo territorio il 18 maggio dell'anno successivo². La successiva legge federale n. 9.055/1995, dell'1 giugno 1995, nell'attuazione degli obblighi assunti in sede internazionale, sembra inizialmente spingersi persino oltre le esigenze espresse dal testo internazionale, sancendo all'art. 1 il divieto di estrazione, commercializzazione ed utilizzo di diverse tipologie di amianto³, e conservando al successivo art. 2

¹ Per un'idea di massima, v. L. KAZAN-ALLEN (a cura di), *Chronology of Asbestos Bans and Restrictions*, sul sito dell'*International Ban Asbestos Secretariat*, all'indirizzo web http://www.ibasecretariat.org/chron_ban_list.php. Peraltro, va segnalato che la cronologia non risulta pienamente soddisfacente proprio sui dati relativi al Brasile.

² V. il Decreto del Presidente della Repubblica n. 126, del 22 maggio 1991, in *Diário Oficial da União*, del 23 maggio 1991.

³ Gli artt. 1 e 2 della legge federale n. 9.055/1995, dell'1 giugno 1995, recitano:

Art. 1: «Sono vietate sull'intero territorio nazionale:

I. L'estrazione, la produzione, il trattamento industriale, l'utilizzazione e la commercializzazione dell'actinolite, dell'amosite (amianto bruno), dell'antofillite, della crocidolite (amianto blu) e della tremolite, varietà minerali appartenenti al gruppo degli anfiboli, così come dei prodotti che contengano queste sostanze minerali;

II. La vaporizzazione (spray) di tutti i tipi di fibra, sia di asbesto/amianto di varietà crisotilo, sia di quelle naturali e artificiali di cui all'art. 2 della presente Legge;

III. La vendita di fibre sfuse in polvere, sia di asbesto/amianto di varietà crisotilo, sia di quelle naturali e artificiali di cui all'art. 2 della presente Legge».

solo la liceità del tipo crisotilo, di cui esistono importanti impianti estrattivi nel Paese. Il percorso di approvazione della legge non è però scontato: il Presidente della Repubblica Cardoso ne ha infatti vetato due disposizioni, per quanto non attinenti agli elementi essenziali del testo⁴.

Al di là delle apparenze, la legge federale n. 9.055/1995 costituisce di fatto un esile compromesso tra le esigenze di tutela della salute pubblica, legate ai crescenti progressi della ricerca scientifica nella dimostrazione della pericolosità dell'esposizione ad amianto, e i consistenti interessi economici legati allo sfruttamento dell'importante giacimento di amianto crisotilo (il terzo del mondo per importanza), localizzato nella municipalità di Minaçu, nello Stato di Goiás⁵. Questo stesso carattere compromissorio contribuisce a spiegare la successiva insorgenza di importanti contenziosi giuridici, legati principalmente all'iniziativa, presa da alcuni parlamenti statali, di approvare leggi volte a vietare sul rispettivo territorio anche l'uso dell'amianto crisotilo, pur nella vigenza della legge federale n. 9.055/99 cit. Pur senza alcuna pretesa di esaustività, si cercherà nel presente lavoro di fornire una ricostruzione del percorso giurisprudenziale del Supremo Tribunale Federale, che lo ha portato nell'arco di un quindicennio ad un sostanziale mutamento di indirizzo.

2. Prima fase: l'approccio formalistico

Con qualche approssimazione, l'evoluzione dell'approccio del STF alla questione amianto può essere ripartita in tre fasi.

La prima fase si colloca nel triennio 2001-2003 e prende le mosse dall'approvazione delle prime leggi statali che proibiscono l'amianto crisotilo, in particolare la l. n. 2.210/01, del 5 gennaio 2001, dello stato del Mato Grosso do Sul; e la l. n. 10.813/01, del 24 maggio 2001, dello stato di São Paulo.

La legge del Mato Grosso do Sul, pur non facendo espressa menzione del crisotilo, vieta «la fabbricazione, l'ingresso, la commercializzazione e lo stoccaggio di amianto o di prodotti a

Art. 2: «L'asbesto/amianto di varietà crisotilo (amianto bianco), del gruppo minerale dei serpentine, e le altre fibre, naturali e artificiali, di qualsiasi origine, utilizzate per le stesse finalità, saranno estratte, trattate industrialmente, utilizzate e commercializzate secondo le disposizioni della presente legge».

⁴ Si tratta dell'art. 3, § 1, relativo all'istituzione di commissioni di fabbrica incaricate del controllo della qualità dell'ambiente di lavoro, che secondo Cardoso difettavano della necessaria qualificazione tecnica; e dell'art. 12, che stabiliva un termine di 90 giorni per l'adozione delle necessarie norme regolamentari da parte dell'Esecutivo e gli attribuiva il potere di stabilire le penalità per chi violasse la legge stessa, previsioni che il Presidente ritenne incostituzionali. V. il messaggio presidenziale dell'1 giugno 1995 sul sito del Governo brasiliano, all'indirizzo https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9055-1995.pdf.

⁵ Secondo le stime 2018 dello *U.S. Geological Survey*, il Brasile sarebbe al quarto posto tra i produttori mondiali di amianto nel 2017, dopo essere stato al secondo (insieme alla Cina) nel 2016. Oltre al mercato interno, la produzione è anche destinata all'esportazione e, per es., il 99% dell'amianto utilizzato negli Stati Uniti, che è solo del tipo crisotilo, proviene dal Brasile. V. U.S. DEPARTMENT OF THE INTERIOR-U.S. GEOLOGICAL SURVEY, *Mineral Commodity Summaries 2018*, Reston, USGS, 2018, pp. 26-27.

base di amianto, destinati alle costruzioni civili» nel territorio dello stato (art. 1 cpv.), specificando che si intende per amianto «qualsiasi fibra dei silicati minerali che appartengono alle rocce metamorfiche del gruppo delle serpentine, e del gruppo degli anfiboli [...] o qualsiasi composto che contenga uno o più di tali elementi naturali» (art. 1, § 1). La proibizione riguarda inoltre «qualsiasi prodotto, derivato o misto, di silicati naturali, idrossido di calcio e magnesio» (art. 1, § 2).

La legge dello stato di S. Paulo, con perizia legistica indubbiamente superiore, stabiliva uno scadenziario volto a rendere progressivamente effettivo, entro il gennaio 2005, il divieto di «importazione, estrazione, utilizzo, commercializzazione, fabbricazione ed installazione [...] di prodotti o materiali contenenti qualsiasi tipo di amianto, in qualsiasi forma» (art. 1), oltre a dettare stringenti misure di controllo della salubrità dei luoghi di lavoro dove ancora, nella fase transitoria, si entrasse in contatto con amianto.

Contro le due leggi in oggetto, il Governatore dello stato di Goiás propone immediatamente una *ação direta de inconstitucionalidade* (ADI), ai sensi dell'art. 102, I, lett. a), della Costituzione federale (CF)⁶. Contro la legge del Mato Grosso do Sul (processo ADI n. 2.396)⁷, il ricorrente rileva diversi profili di incostituzionalità. In primo luogo, l'invasione della competenza legislativa esclusiva della federazione in materia di diritto del lavoro (art. 22, I, CF) e di «giacimenti, miniere, altre risorse minerarie e metallurgia» (art. 22, XII, CF); in secondo luogo, la violazione dei principi costituzionali in materia di ordinamento economico, in quanto risulterebbero violate la libertà d'iniziativa, la proprietà privata e la libera concorrenza (art. 170 CF); in terzo luogo, la violazione dello stesso principio federativo (artt. 1 e 18 CF), in quanto si introdurrebbero discriminazioni ingiustificate contro beni e prodotti provenienti da una parte del territorio federale; infine, il difetto del requisito di proporzionalità, fondato da un lato sulla presunta non nocività del crisotilo rispetto alle altre forme di amianto e, d'altro lato, sulla mancata previsione da parte della legge di un ritiro delle strutture in amianto già esistenti, con ciò vanificandosi l'intento dichiarato di tutelare la salute pubblica.

⁶ Disciplinato in oggi dalla l. fed. n. 9.868/99, del 10 novembre 1999, questo istituto consente a un numero abbastanza ampio di soggetti istituzionali e sociali (Presidente della Repubblica, presidenza delle camere federali, statali e del distretto federale di Brasília, Governatori degli stati e del distretto federale, Procuratore generale della Repubblica, consiglio federale dell'ordine degli avvocati, partiti politici rappresentati nel parlamento federale, confederazioni sindacali o rappresentanze di classe di dimensione nazionale) di richiedere al STF, in unica istanza, la dichiarazione di incostituzionalità, con valore *erga omnes*, di leggi ed atti normativi federali o statali. È opportuno tenere presente che la Costituzione del 1988 ha affiancato al controllo di costituzionalità diffuso, funzionante nelle grandi linee come negli USA ma – a differenza di questi – espressamente previsto in Costituzione (art. 97), anche elementi di sindacato accentrato, come l'azione diretta di incostituzionalità (cui s'è aggiunta nel 2009 l'azione diretta di incostituzionalità per omissione) e l'azione dichiaratoria di costituzionalità [art. 102, § I, lett. a)], assegnando esplicitamente al STF la funzione di controllo della Costituzione (art. 102 cpv.). V. in proposito, tra i tanti, L.S. LOUREIRO, L.S. LOUREIRO FILHO, *Ação direta de inconstitucionalidade*, S. Paulo, Saraiva, 1996; Z. VELOSO, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, Belo Horizonte, Del Rey, II ed., 2000.

⁷ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387>.

Sostanzialmente analoghi i rilievi sollevati nei confronti della legge di São Paulo (processo ADI n. 2.656)⁸, anche se la previsione, da parte di quest'ultima, di un ben preciso calendario di ritiro delle strutture in amianto esistenti, costringe il ricorrente a contestare il difetto del requisito di proporzionalità solo in relazione alla teorizzata non nocività dell'amianto crisotilo. Peraltro, l'importanza dei fattori economici in gioco risalta molto più nel ricorso contro la legge paulista, giacché la distribuzione dell'amianto estratto nel Goiás passa necessariamente per il sistema ferroviario e stradale dello stato di São Paulo, così come l'amianto destinato all'esportazione passa generalmente per il porto paulista di Santos; il che permette al ricorrente di sottolineare come il divieto stabilito dallo stato vicino, incidendo sulle attività economiche del Goiás, finirebbe per determinare anche gravi danni erariali allo stato stesso.

Entrambi i ricorsi, pertanto, sono accompagnati dalla richiesta di una *medida liminar*, di un provvedimento cautelare volto a sospendere, in attesa del giudizio, la vigenza delle leggi impugnate. Nel caso del Mato Grosso do Sul, il 26 settembre 2001 il STF accoglie parzialmente la richiesta di provvedimento cautelare, sospendendo quelle previsioni della legge n. 2.210/01 cit. che sostanziano la proibizione dell'amianto crisotilo e stabilivano le sanzioni conseguenti (artt. 1-3 e § unico dell'art. 5). Nel caso di São Paulo, in considerazione del fatto che i danni alle finanze pubbliche del Goiás si realizzerebbero solo a partire dal 2005, data di entrata in vigore del divieto generalizzato di qualsivoglia uso dell'amianto, il relatore, giudice Maurício Corrêa, decide il 17 giugno 2002 di utilizzare il procedimento d'urgenza disciplinato dall'art. 12 della l. fed. n. 9.868/99 cit.⁹, senza sostenere l'adozione di provvedimenti cautelari.

Entrambi i processi vengono poi definiti nella seduta dell'8 maggio 2003. In tale sede, il STF decide all'unanimità di accogliere parzialmente i ricorsi del Governatore di Goiás, dichiarando incostituzionali ampie parti delle leggi impugnate¹⁰. Anche se tecnicamente si deve parlare di accoglimento parziale, il ricorrente ottiene però in pratica piena soddisfazione, giacché rimangono in vigore solo le disposizioni relative all'approntamento, da parte dei due stati, di misure di contorno per la tutela della salute pubblica, mentre vengono dichiarate incostituzionali tutte le disposizioni che ostavano all'utilizzo dell'amianto. Va però notato che la ragione accordata al ricorrente non significa affatto che il STF ne abbia condiviso l'interpretazione legale e costituzionale proposta. Al contrario, nel pro-

⁸ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877>.

⁹ Secondo cui «In presenza di una richiesta di provvedimento cautelare, il relatore, in considerazione della rilevanza della materia e del suo particolare significato per l'ordine sociale e per la sicurezza del diritto, potrà, dopo il ricevimento delle informazioni [richieste ai soggetti resistenti in giudizio in base al procedimento ordinario] nell'arco di dieci giorni, e dopo il parere dell'Avvocatura generale dell'Unione e del Procuratore generale della Repubblica, entro cinque giorni, sottoporre direttamente il processo al Tribunale, che avrà facoltà di giudicare in via definitiva l'azione».

¹⁰ Gli artt. 1-3 e § unico dell'art. 5 della legge del Mato Grosso do Sul, che erano già stati oggetto di sospensione, e gli artt. 1-5 e 7 della legge del São Paulo.

cesso ADI n. 2.396, a carico della legge del Mato Grosso do Sul, la relatrice, giudice Ellen Gracie, richiamando anche il parere espresso dal Procuratore generale della Repubblica, nega espressamente che ricorrano violazioni della Costituzione federale sotto alcuno dei profili adottati dal ricorrente, ma, poiché il STF, per risalente giurisprudenza¹¹, è legato alla corrispondenza tra chiesto e pronunciato solo nell'identificazione delle disposizioni legali da giudicare, ma non per i profili di incostituzionalità adottati dal ricorrente, essa rileva l'incostituzionalità della legge alla luce dell'art. 24 CF, che disciplina la competenza legislativa concorrente dell'Unione, degli stati e del distretto federale, attribuendo all'Unione, nelle materie interessate, l'adozione di «norme generali» (§ 1) e agli stati solo una «competenza supplementare» (§ 2), che può però espandersi in «competenza piena» in caso di vuoto nella legislazione federale (§ 3), fermo restando che l'eventuale subentrante norma federale generale successiva prevarrebbe su quelle statali in contrasto con essa (§ 4).

Tra le materie che rientrano nella competenza concorrente, vi sono la produzione e il consumo (art. 24, V), la protezione dell'ambiente e il controllo dell'inquinamento (art. 24, VI) e la protezione e difesa della salute (art. 24, XII), tutti temi toccati dalla legge impugnata. Ora, secondo la relatrice, assecondata nel voto da tutti i giudici presenti, nel trattamento di tali materie la legge n. 2.210/01 cit. avrebbe ecceduto gli spazi destinati alla competenza supplementare¹², stabilendo un divieto generale in contrasto con le norme generali federali già esistenti in materia, ovvero la l. federale n. 9.055/1995 cit., anziché limitarsi ad una legislazione di natura meramente integrativa.

All'invasione della competenza legislativa generale dell'Unione in una materia di competenza concorrente, sotto i profili della produzione e del consumo, della protezione dell'ambiente e della salute, si rifà anche il relatore del processo ADI n. 2.656 relativo alla l. n. 10.813/01 cit., dello stato di São Paulo. Tuttavia, avendo la legge in oggetto, in maniera più chiara di quella del Mato Grosso do Sul, fatto espresso divieto di «importazione» e di «estrazione» dell'amianto, il relatore vi ravvisa anche l'invasione della competenza legislativa esclusiva dell'Unione, in materia di «commercio estero ed interstatale» (art. 22, VIII, CF) e di «giacimenti, miniere, altre risorse minerarie e metallurgia» (art. 22, XII, CF).

Le due decisioni in esame sono oggetto di significative critiche in dottrina, principalmente per aver trattato della difesa della salute soltanto nell'ottica formale della distribuzione delle competenze legislative, senza porsi il problema della salute in quanto diritto sociale, non solo enunciato dalla CF (art. 6), ma fatto oggetto, da parte della stessa, di un preciso dovere di intervento da parte dello «Stato» (art. 196 CF, nel tit. VIII, dedicato al-

¹¹ V. U.L. BULOS, *Constituição Federal Anotada*, S. Paulo, Saraiva, VII ed., 2007, p. 985 e la giurisprudenza in esso citata.

¹² In effetti, sia la dottrina che la prevalente giurisprudenza hanno sempre dato un'interpretazione piuttosto restrittiva della competenza legislativa concorrente da parte degli stati: «Supplementare» significa riempire vuoti, aggiungere, chiarire, perfezionare. Ed è proprio ciò che gli Stati e il Distretto Federale possono fare. Sebbene non possano adottare norme generali, poiché tale compito è conferito solo all'Unione, hanno la competenza di perfezionarle, adeguandole alle proprie necessità regionali di ordine pubblico.

La competenza supplementare [...] non potrà servire come sostegno per "innovazioni" inusitate» (Cfr. U.L. BULOS, *op. cit.*, p. 576).

l'«Ordinamento sociale»)¹³. In proposito, va sottolineato come l'uso del vocabolo «*Estado*» da parte dell'art. 196 CF, al pari di quanto accade nella Costituzione italiana col vocabolo «Repubblica», implica la responsabilizzazione di tutti i livelli politico-amministrativi esistenti, giacché quando vuol riferirsi alla sola federazione, la CF usa il vocabolo «*União*»; alla luce di questo, alcuni autori ritengono legittimo l'intervento legislativo degli stati testé censurato dal STF, in quanto – visto in un'ottica sostanziale e non formale – esso si indirizzava verso un'accresciuta tutela del valore costituzionale salute e dava quindi più compiuta applicazione all'imputazione di responsabilità *ex art.* 196 CF¹⁴. Pur senza addentrarsi in un'analisi dettagliata delle argomentazioni giuridiche del STF e della dottrina, che richiederebbe un intero volume, sembra però opportuno attirare l'attenzione su alcune problematiche che già si rilevano in questa sede e che contribuiranno a dar conto della successiva evoluzione giurisprudenziale.

In primo luogo, la ristrettezza della riflessione del STF, in queste due decisioni, a proposito dell'articolazione del sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale brasiliano: il rapporto tra le fonti è ricostruito secondo una prospettiva interamente monistica, che non tiene conto dell'incidenza delle fonti di diritto internazionale. È infatti vero che, nell'interpretazione prevalente nei primi anni di vigenza della CF, i trattati regolarmente ratificati sarebbero entrati a far parte dell'ordinamento giuridico brasiliano con una forza non superiore a quella della legge, tuttavia, anche in questa prospettiva minimalista, questi possono comunque condizionare la vigenza delle leggi stesse, sia in base al criterio cronologico che a quello di specialità. Inoltre l'art. 5, § 2, CF, apre uno spiraglio per una diversa ricostruzione della posizione di alcuni trattati, affermando che «I diritti e le garanzie affermati in questa Costituzione non ne escludono altri decorrenti [...] dai trattati internazionali di cui la Repubblica Federativa del Brasile sia parte». Sebbene la formulazione non sia chiarissima, una parte della dottrina brasiliana sosteneva la teoria che, in virtù di questa disposizione, i trattati sui diritti umani (e il diritto alla salute rientra certamente nell'alveo di questa famiglia) assumerebbero grado costituzionale o almeno rinforzato¹⁵.

¹³ L'art. 196 CF recita: «La salute è diritto di tutti e dovere dello Stato, garantito attraverso politiche sociali ed economiche che mirino alla riduzione dei rischi di malattia e di altri danni e all'accesso universale e ugualitario alle azioni ed ai servizi per la sua promozione, protezione e recupero». A questa previsione fa poi seguito l'intero capo II del tit. VIII (artt. 196-200), con previsioni piuttosto dettagliate sul Sistema Sanitario Unico, il suo funzionamento e il suo finanziamento.

¹⁴ V. per es. H.B. CUSTÓDIO, *Competência concorrente em defesa da saúde e do meio ambiente: Incompatibilidades constitucionais do uso do amianto*, in *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, jul./out. 2007, pp. 184-209. Va detto che, nel trasporto della passione civile di cui risuona l'intero lavoro, l'a. azzarda anche alcune linee interpretative francamente discutibili, come l'idea che l'art. 1 l. federale n. 9.055/1995 cit., ponendo una proibizione generalizzata di uso dell'amianto, costituirebbe una norma generale, mentre i successivi artt. 2-11, consentendo e disciplinando l'uso del crisotilo, costituirebbero norme d'eccezione, come tali non rientranti nelle competenze legislative federali in sede concorrente. Secondo l'a., ne deriverebbe così che la generalizzazione della proibizione dell'amianto contenuta nella legge statale n. 2.210/01 cit. sarebbe in pieno accordo con le norme generali espresse dall'art. 1 l. federale n. 9.055/1995 cit., mentre sarebbero da censurare gli artt. 2-11 di quest'ultima (pp. 196-197).

¹⁵ V. in tal senso F. PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, S. Paulo, Max Limonad, 1996, p. 111; F.L.X. ROCHA, *A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro*, in

In secondo luogo, il carattere astratto e formale dell'approccio del STF: la relatrice del processo ADI n. 2396 cit. afferma espressamente che «non spetta a questa Corte dire l'ultima parola a proposito delle proprietà tecnico-scientifiche dell'elemento in questione [il crisotilo] e dei rischi, nella sua utilizzazione, per la salute della popolazione. Gli studi in questo campo proseguono e le loro conclusioni dovranno indirizzare l'azione delle autorità sanitarie. Quel che ci compete verificare è l'eventualità di un inammissibile contrasto tra la legge in esame e il parametro costituzionale». Appare *ictu oculi* assai limitativo un approccio di questo tipo, risultando ovvio e normale che un organo giudicante, posto innanzi ad una decisione per la cui assunzione rilevino conoscenze tecnico-scientifiche fuori dalla portata dei giudici, ricorra a perizie tecniche, come previsto dallo stesso art. 20, § 1, l. fed. n. 9.868/99 cit., proprio in materia di ADI¹⁶, e questo dovrebbe accadere con tanta maggior cautela quando l'oggetto della decisione può avere un significativo impatto sul diritto costituzionale alla salute.

In terzo luogo, i relatori delle due sentenze non si pongono in alcun modo il problema di fondo che starà poi alla base del *revirement* giurisprudenziale del 2017, ovvero l'eventualità di poter ravvisare profili di incostituzionalità nell'art. 2 l. federale n. 9.055/1995 cit., laddove esso autorizza l'estrazione e la lavorazione di un materiale pericoloso per la salute e di difficile controllo in quanto utilizzato per lo più in forma di fibre e di polveri facilmente dispersibili in aria. Oltre tutto, l'esistenza e l'accessibilità di materiali alternativi e meno pericolosi, per gli usi industriali cui è normalmente destinato il crisotilo, permetterebbe anche di revocare in dubbio la proporzionalità e la ragionevolezza della disposizione in oggetto, in un'equilibrata ponderazione tra i vantaggi (economici e tecnologici) risultanti dal permesso di utilizzazione e i danni (sanitari, ma anche economici) che ne derivano.

3. Seconda fase: fra procrastinazione e maturazione di una nuova sensibilità

Le due decisioni finora esaminate non sembrano però risolvere i problemi di certezza del diritto nella materia in oggetto. Essendosi pronunciato il STF solo sui ricorsi presentati, ed essendosi concentrata l'attenzione del Governatore di Goiás sulle leggi degli stati in cui la proibizione dell'amianto avrebbe potuto procurare più danni all'economia goiana, rimangono in vigore leggi di altri stati, coeve alle precedenti, il cui contenuto ne ricalca sostanzialmente le tracce e che pertanto potrebbero astrattamente incorrere in una pronuncia di incostituzionalità. Si tratta della l. n. 11.643 del 21 giugno 2001, dello stato del Rio Grande

Revista de Informação Legislativa, n. 130, p. 81.

¹⁶ Dove si parla espressamente, tra l'altro, di nomina di periti in caso di necessità di chiarimento su circostanze di fatto. V. nel senso della necessaria perizia tecnica H.B. CUSTÓDIO, *op. cit.*, pp. 190-191.

do Sul, e della l. n. 3.579 del 7 giugno 2001, dello stato di Rio de Janeiro, cui si aggiunge di lì a poco la l. n. 12.589 del 26 maggio 2004, dello stato di Pernambuco; inoltre, lo stato di S. Paulo approva una nuova legge, la n. 12.684 del 26 luglio 2007, che, facendo tesoro della precedente esperienza, senza far menzione di estrazione o importazione, proibisce l'uso «di prodotti, materiali o manufatti che contengano qualsiasi tipo di amianto» (art. 1, cpv.), prescrivendo inoltre la sottoposizione ad apposite analisi che escludano la presenza di amianto anche per l'uso di altri tipi di minerali che potrebbero accidentalmente contenerlo (art. 1, § 2).

I risultati incoraggianti delle due precedenti decisioni spingono però un altro soggetto a promuovere nuove ADI nei confronti delle leggi appena menzionate, realizzandosi su questo punto una significativa convergenza tra organizzazioni padronali, preoccupate delle ricadute economiche del divieto di uso dell'amianto, e organizzazioni sindacali, preoccupate delle connesse ricadute occupazionali. Tra il 2004 e il 2007, la *Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria* presenta infatti cinque ricorsi contro le leggi di cui sopra, che danno vita ai processi ADI nn. 3.356 (Pernambuco), 3.357 (Rio Grande do Sul), 3.406, 3.470 (entrambe Rio de Janeiro) e 3.937 (S. Paulo)¹⁷.

Comincia da qui una seconda fase dell'approccio del STF alla questione amianto, fase che appare caratterizzata fondamentalmente dall'attendismo. Mentre, infatti, nell'arco della prima fase, sono passati poco più di due anni tra la presentazione della prima ADI e le decisioni del STF, le ADI presentate nel 2004 e negli anni seguenti troveranno definizione soltanto alla fine del 2017.

Nel corso di questi anni, la battaglia delle associazioni favorevoli al bando totale dell'amianto continua, anche attraverso la proposizione di sempre più numerose richieste di risarcimento per le vittime dell'esposizione al minerale¹⁸. Questa azione di sensibilizzazione porta nuovi stati dell'Unione ad adottare normative che escludono o limitano l'uso dell'amianto, anche del tipo crisotilo consentito dalla legge federale¹⁹. E soprattutto porta nel 2008 ad una nuova ADI, presentata dall'*Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho* e dall'*Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho*, mirante questa

¹⁷ Lo sviluppo processuale dei processi in oggetto è reperibile sul sito del STF, all'indirizzo stf.jus.br. Trattandosi però di processi definiti alla fine del 2017 e per alcuni dei quali sono ancora in corso azioni legali successive, su tale sito non risultano ancora disponibili i testi integrali delle decisioni. Ai sensi dell'art. 28 l. fed. n. 9.868/99 cit., infatti, risulta inizialmente obbligatoria solo la pubblicazione del dispositivo della decisione.

¹⁸ In proposito, si consiglia la consultazione del sito dell'ABREA (*Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto*), all'indirizzo <https://www.abrea.com.br>.

¹⁹ D.C. SALZGEBER, B.S. SILVA, F. GIANNASI, *Denominação, produção e consumo no Brasil*, in *Trabalho & Saúde*, n. 42, 2017 (trad. it. *Denominazione, produzione e consumo in Brasile*, consultabile sul sito dell'AIEA Onlus-Associazione Italiana Esposti Amianto, all'indirizzo <http://www.associazioneeitalianaespstiamente.org/amianto/amianto-in-brasile-approfondimenti>) attestavano a febbraio 2017 il bando da parte di 8 stati e di numerose municipalità. Secondo documenti dell'ABREA, sarebbero oggi 14 (più il Distretto Federale) gli stati proibizionisti, anche se in alcuni casi (per es. Maranhão e Pará) il divieto è limitato ad alcune tipologie di merci, pur non distinguendo tra crisotilo e altre forme di amianto: v. ABREA, *Leis de banimento do amianto no Brasil*, all'indirizzo <https://drive.google.com/file/d/1mFRpjtRs35C5OFZAA3uDfeOLw18Pe-9/view>.

volta alla dichiarazione di incostituzionalità dell'oggetto centrale della contesa, ovvero l'art. 2 l. federale n. 9.055/1995 cit. (processo ADI n. 4.066)²⁰.

I ricorrenti eccepiscono infatti l'incostituzionalità di tale norma alla luce dei nn. III e IV dell'art. 1 CF, che pongono come fondamenti dello stato democratico di diritto da realizzarsi in Brasile «la dignità della persona umana» e «i valori sociali del lavoro e della libera iniziativa»; l'art. 170 cpv. e n. VI, CF, in base ai quali «L'ordinamento economico, basato sulla valorizzazione del lavoro umano e sulla libera iniziativa, ha il fine di assicurare a tutti un'esistenza dignitosa, secondo i dettami della giustizia sociale, nel rispetto dei seguenti principi: [...] la tutela dell'ambiente, anche attraverso il trattamento differenziato dei prodotti e dei servizi e dei loro processi di elaborazione e fornitura, secondo il loro impatto ambientale»; l'art. 196 CF, che – come si è già visto – definisce la salute come diritto di tutti e dovere dello Stato; e l'art. 225, che sancisce il diritto ad un «ambiente ecologicamente equilibrato», imputando peraltro il dovere della sua difesa e preservazione non solo ai pubblici poteri ma anche alla «collettività» (della quale fan certo parte anche le aziende e le industrie), secondo un modello di democrazia partecipativa che svolge un ruolo significativo nella conformazione del testo fondamentale del 1988.

Come si è detto, questa seconda fase si caratterizza per un prolungato trascinarsi della contesa giudiziaria, sia attraverso l'uso di diverse schermaglie processuali da parte dei ricorrenti o di altri soggetti interessati, sia in conseguenza del fatto che la l. fed. n. 9.868/99 cit., nel disciplinare le procedure delle ADI, stabilisce termini precisi per una serie di adempimenti processuali (presentazione del parere dell'Avvocatura generale dello Stato e del Procuratore generale della Repubblica, ecc.) ma non per l'assunzione della decisione da parte del STF. Peraltro, il 2003, anno in cui sono state formulate le decisioni della c.d. “prima fase”, segna un momento decisivo anche sul piano politico, stante l'ascesa alla Presidenza della Repubblica di Luiz Inácio Lula da Silva, *leader* del Partito dei Lavoratori, formazione di sinistra certamente legata ad una concezione avanzata dei diritti sociali accolti dal testo costituzionale. Questo passaggio non implica un'influenza diretta sullo svolgimento dei processi menzionati, sia per le naturali esigenze del principio di separazione dei poteri, sia perché in realtà, nel timore delle conseguenze occupazionali, il Governo federale non preme particolarmente per un'estensione del divieto di utilizzazione dell'amianto. Avrà però un'influenza indiretta, dovuta alle modalità di formazione dello stesso STF, i cui componenti, ai sensi dell'art. 101, § unico, CF, sono nominati dal Presidente della Repubblica col consenso del Senato, espresso a maggioranza assoluta dei suoi componenti. È naturale che tale modello, largamente debitore dell'esempio statunitense, spinga la Presidenza della Repubblica, se il Senato glielo permette, a nominare personalità il cui sentire giuridico risulti più consono ai modelli di interpretazione giuridico-costituzionale

²⁰ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>.

confacenti all'orientamento politico del Capo dello Stato: e siccome dal 2003 al 2016, prima con Lula poi con Dilma Rousseff, la Presidenza è stata sempre ricoperta da esponenti del Partito dei Lavoratori, le nomine che si sono succedute, pur inappuntabili sul piano delle competenze dei designati, sono andate complessivamente nella direzione di personalità più vicine ad una lettura "aperta" e "progressista" del testo costituzionale.

Peraltro, già nel corso di questa "seconda fase", cominciano ad intravedersi alcuni segnali di un possibile mutamento di giurisprudenza da parte del STF. Il 4 giugno 2008, nelle more del processo ADI n. 3937 cit., il Tribunale respinge, con 7 voti contro 3 e contro l'orientamento del relatore, una richiesta di provvedimento cautelare avanzata dal ricorrente al fine di sospendere la vigenza della l. n. 12.684 del 26 luglio 2007, dello stato di S. Paulo, fino alla decisione finale sulla sua costituzionalità²¹. Nella discussione, alcuni giudici prospettano con decisione l'ipotesi della sostanziale incostituzionalità, non della legge paulista, bensì di quella federale²², mentre il riferimento agli studi medici in materia risulta molto più accurato che nelle decisioni precedenti e viene accolta anche l'interpretazione secondo cui i trattati internazionali in materia di diritti umani, una volta ratificati ed entrati nell'ordinamento giuridico brasiliano, vi occuperebbero una posizione rinforzata rispetto alla legge ordinaria²³.

Il 28 settembre 2011, il STF si occupa di una nuova richiesta di provvedimento cautelare contro la legge l. n. 12.684 del 26 luglio 2007, dello stato di S. Paulo, avanzata però questa volta nel quadro di un processo di *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF), istituito accolto dalla CF con l'emendamento n. 3/1993 e disciplinato dalla l. n. 9.882/99 del 3 dicembre 1999, che consente un ricorso non solo contro atti normativi ma contro qualsiasi atto di un potere pubblico (in ciò avvicinandosi in parte al modello della *Verfassungsbeschwerde* tedesca), ma non si pone a tutela dell'intera Costituzione, bensì solo dei suoi precetti fondamentali, formulazione piuttosto nebulosa che dà indubbiamente importanti margini di movimento al STF²⁴. Ricorrente è la *Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística* (processo ADPF n. 234)²⁵, la quale rileva che la proibizione

²¹ La decisione sul provvedimento cautelare, con le posizioni espresse dai diversi giudici, è reperibile sul sito del STF, all'indirizzo <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>.

²² Particolarmente netto il giudizio del giudice Eros Grau, che afferma: «Innanzi alla flagrante incostituzionalità della legge federale, che autorizza l'uso dell'amianto, non ho alcun dubbio che la sua inesistenza – poiché ciò che è in contrasto con la Costituzione non esiste – rende perfettamente compatibile con la Costituzione la competenza a legiferare degli Stati-membri», venendosi quindi a versare nell'ipotesi di competenza concorrente esplicita pienamente dagli stati per riempire i vuoti della legislazione federale.

²³ In tal senso si esprime, per es., il giudice Joaquim Barbosa, nel suo *voto-vista* (richiesta di aggiornamento del processo al fine di approfondirne alcuni aspetti).

²⁴ Sull'istituto, v. E.P. NOBRE JÚNIOR, *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*, Porto Alegre, S. A. Fabris, 2004; M.A. PAGANELLA, *A arguição de descumprimento de preceito fundamental no contexto do controle da constitucionalidade*, São Paulo, LTr, 2004.

²⁵ La decisione sul provvedimento cautelare, con le posizioni espresse dai diversi giudici, è reperibile sul sito del STF, all'indirizzo <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1694638>.

dell'«uso» dell'amianto stabilita dall'art. 1 della legge di S. Paulo, viene sistematicamente interpretata dall'amministrazione paulista nel senso di proibire anche il solo transito del minerale o di merci che lo contengano sulle ferrovie dello stato, anche se questi sono destinati ad altri stati-membri od all'esportazione (che, come si è già visto, deve normalmente passare per il porto di Santos); si assumerebbero così violati, tra l'altro, il precetto fondamentale della libertà di circolazione, sancito dall'art. 5, XV, CF, nonché la competenza federale esclusiva in materia di commercio estero ed interstate, regime dei porti, transito e trasporti (art. 22, VIII e X-XI CF). Su tali basi, il ricorrente chiede la sospensione cautelare dei processi in corso per le ragioni su esposte presso diversi gradi della giustizia laborale e la sospensione del divieto di trasporto sulle ferrovie dello stato di S. Paulo, tramite dichiarazione di incostituzionalità o, in subordine, interpretazione della legge statale in forma compatibile con la lettura costituzionale proposta. In questo caso, con una maggioranza di 6 a 3, il Tribunale distingue il concetto di “uso” da quello di “trasporto” ed accoglie la richiesta del ricorrente, limitatamente alla rimozione del divieto di trasporto delle merci in oggetto, se meramente transitanti sul territorio dello stato di S. Paulo.

4. Terza fase: il *revirement* imperfetto.

Di fatto, le poche decisioni menzionate, pur potendo far presagire nuovi sviluppi nella giurisprudenza del STF, non hanno certo intaccato il sostanziale immobilismo che ha caratterizzato l'approccio del Tribunale alla questione amianto nel periodo che va dal 2004 al 2016. Ma nel 2017 gli elementi di mutamento che si cominciavano lentamente a percepire “precipitano” e si apre così una terza fase nella quale, nell'arco di quattro mesi, le ADI pendenti trovano una definizione, sia pur attraverso un percorso piuttosto accidentato. Il 24 agosto 2017 vengono portate alla decisione del plenario le ADI nn. 3.937 e 4.066 citt. Quest'ultima è quella che mira alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2 l. federale n. 9.055/1995 cit. e, sebbene tra le ADI pendenti in materia di amianto sia la più (relativamente) recente, evidenti esigenze di economia processuale militano a favore del suo esame previo, giacché il suo eventuale accoglimento modificherebbe completamente il quadro di tutti gli altri giudizi. È in questa sede che tutti i nodi sospesi vengono al pettine (come testimonia anche il fatto che la sentenza, comprensiva delle dichiarazioni di voto e del dibattito in plenario, occupi ben 302 pagine). La relatrice, giudice Rosa Weber, adotta, nella sua lunga, dettagliata e precisa relazione²⁶, un approccio decisamente diverso da

²⁶ Ci si diffonde in particolare sulle argomentazioni della relatrice del processo ADI n. 4.066, oltre che per la loro obiettiva importanza, anche perché questo è l'unico, tra i processi menzionati e definiti tra agosto e novembre 2017, di cui sia stata già pubblicata sul sito del STF l'intera sentenza. Delle decisioni degli altri procedimenti è finora reperibile solo il dispositivo, pubblicato sul *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 197/2017 dell'1 settembre 2017, pp. 42-43 (per il processo ADI nn. 3.937), n. 278/2017 del 4 dicembre 2017, pp. 135-138 (per i processi ADI nn. 3.406 e 3.470) e n. 283/2017 dell'11 dicembre 2017, pp. 46-49 (per i processi ADI nn. 3.356 e 3.357).

quello della giudice Gracie nell'ADI n. 2.396 cit., facendo ampio e dettagliato riferimento alla documentazione scientifica che attesta la nocività dell'amianto, anche nella forma di crisotilo, e portando a sostegno della propria tesi documenti, anche giuridici, che ben potevano esser già cognitivi dal STF del 2003²⁷. In buona sostanza, la relatrice pone su basi decisamente differenti il rapporto tra investigazione tecnico-scientifica e funzione decisoria delle corti: «il compito della Corte – di carattere normativo – deve svolgersi sulla base delle conclusioni della comunità scientifica – la cui natura è descrittiva. È in questo senso che, affacciandosi su una regola giuridica che disciplina dei fatti, la Corte adotta, come premessa empirica, la conoscenza scientifica accertata su di essi, considerato lo stato dell'arte al momento del giudizio». Su questa base, la relatrice riformula nei seguenti termini l'interrogativo cui il Tribunale è chiamato a dare risposta: «di fronte a quanto affermato dal presente consenso medico e scientifico [...], l'estrazione dell'amianto crisotilo, così come il suo sfruttamento industriale e commerciale, nella forma autorizzata dalla Legge n. 9.055/1995, è compatibile con la scelta politica, effettuata dal Potere Costituente, di assicurare a tutti i Brasiliani i diritti alla salute ed al godimento di un ambiente ecologicamente equilibrato? Tale approccio mette in valore la possibilità di una limitazione di diritti pur costituzionalmente riconosciuti, come la libertà d'iniziativa economica, alla luce di un superiore valore costituzionale, identificato qui nel diritto alla salute, la cui protezione costituisce di per sé un limite opponibile alla discrezionalità legislativa delle assemblee dei diversi livelli di governo. Innovatrice appare la linea seguita dalla relatrice anche in relazione al rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, sottolineando l'insufficienza della l. n. 9.055/1995 a fronte degli obblighi derivanti al Brasile dagli impegni internazionali assunti in materia²⁸ e sposando in pieno l'interpretazione che assegna ai trattati internazionali in materia di diritti umani ratificati dal Brasile una posizione rinforzata nel sistema delle fonti. Infine, la relatrice si pronuncia a favore della dichiarazione di incostituzionalità della disposizione in oggetto anche alla luce delle esigenze di aggiornamento legislativo sottolineate dalla Convenzione n. 162 cit., affermando che «sebbene la Legge n. 9.055/1995 potesse essere ancora considerata costituzionale al momento della sua adozione, non è più ragionevole ammettere (i) alla luce delle conoscenze scientifiche accumulate sull'ampiezza degli effetti nocivi dell'amianto per la salute e l'ambiente, e (ii) nell'evidenza dell'inefficacia degli strumenti di controllo in essa previsti, la compatibilità del suo art. 2 con l'ordinamento costituzionale in materia di protezione della salute e dell'ambiente».

²⁷ Per es. la *Portaria* (ordinanza) n. 1.339/99 del Ministero della salute, che riconosce ufficialmente il nesso causale tra l'esposizione ad amianto (di ogni tipo) e l'insorgenza di una serie di patologie.

²⁸ Oltre alla già cit. Convenzione n. 162 dell'OIL, la relatrice fa espresso riferimento alla Convenzione n. 139 del 1974 dell'OIL concernente la Prevenzione ed il Controllo dei Rischi Professionali dovuti a Sostanze e Agenti Cancerogeni; alla Convenzione di Basilea sul Controllo dei Movimenti oltre Frontiera di Rifiuti Pericolosi e sulla loro Eliminazione, del 22 marzo 1989; alla Convenzione di Rotterdam del 1998 sul Previo Consenso Informato in relazione a determinate sostanze pericolose oggetto di commercio internazionale.

Tuttavia, il ricco dibattito che segue segna una spaccatura all'interno del STF, che porta in pratica ad una non decisione. Infatti, cinque giudici si esprimono a favore dell'accoglimento dell'istanza e quattro contro, ma, perché si possa dichiarare l'incostituzionalità di una disposizione legislativa, l'art. 97 CF richiede la maggioranza assoluta dei componenti della Corte: in questo caso, quindi, sei giudici. Pertanto, quella che avrebbe potuto e dovuto diventare una decisione storica si riduce ad un giudizio privo di efficacia vincolante ed il STF si vede così costretto ad affrontare la decisione sulle altre ADI in sospenso.

Nella stessa giornata, viene definito il processo ADI n. 3.937 cit.: l'azione viene respinta e, incidentalmente, viene dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 2 della l. n. 9.055/1995, aprendo la strada alle decisioni che nel novembre 2017 segneranno in via (presumibilmente) definitiva il *revirement* giurisprudenziale del STF.

È infatti il 29 novembre 2017, in occasione del giudizio sui processi ADI nn. 3.406 e 3.470, che il Tribunale, respingendo le due azioni, torna a dichiarare incidentalmente l'incostituzionalità dell'art. 2 della l. n. 9.055/1995, ma questa volta con effetto vincolante ed *erga omnes*, recuperando in parte, attraverso lo strumento della dichiarazione incidentale (che una corte può effettuare, anche d'ufficio, quando la legge di cui valuta la costituzionalità può incidere in un giudizio in corso ma non ne costituisca l'oggetto primario), l'occasione perduta nell'agosto precedente in relazione al processo ADI n. 4.066²⁹.

Ma le decisioni del novembre 2017 non esauriscono il contenzioso in materia di amianto innanzi al STF, che rimane infatti ancora aperto. Il 12 dicembre 2017, con decisione monocratica³⁰ assunta appoggiandosi agli artt. 297, 932 II, 995 e 1026, § 1, del Codice di Procedura Civile, la relatrice Rosa Weber accoglie l'istanza avanzata dalla *Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria* e dall'*Instituto Brasileiro do Crisotila* con la petizione n. 76137/2017, sospendendo gli effetti della decisione sui processi ADI n. 3.406 e 3.470, limitatamente alla sua efficacia *erga omnes*, fino alla pubblicazione delle sentenze e al decorso dei termini per la presentazione degli eventuali *embargos de declaração* (richieste di chiarimento che possono essere avanzate al giudice perché elimini dalla sentenza o chiarisca elementi oscuri, dubbiosi o contraddittori, senza però poter comportare la messa in discussione del merito della decisione³¹); in particolare, i ricorrenti sottolineavano che l'immediata efficacia della decisione avrebbe reso inutilizzabile lo strumento della richiesta di modulazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità³², da avanzarsi dopo

²⁹ Anche il giudizio sui processi ADI nn. 3.356 e 3.357, tenuto il 30 novembre 2017, si conclude con la reiezione dell'azione proposta dalla *Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria* e con la dichiarazione incidentale di incostituzionalità dell'art. 2 della l. n. 9.055/1995, senza però che il dispositivo faccia riferimento ad un suo effetto vincolante ed *erga omnes*, evidentemente già definito nelle decisioni del giorno prima.

³⁰ Se ne veda il testo sul sito del STF, all'indirizzo <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313535828&ext=.pdf>.

³¹ V. art. 26 l. fed. n. l. fed. n. 9.868/99 cit., e artt. 337-339 del Regolamento interno del STF.

³² Secondo l'art. 27 l. fed. n. 9.868/99 cit., «Nel dichiarare l'incostituzionalità di una legge o di un atto normativo, e tenendo in considerazione ragioni di certezza del diritto o di eccezionale interesse sociale, il Supremo Tribunale Federale potrà,

la pubblicazione della sentenza, comportando così, con la chiusura immediata di tutte le attività economiche legate all'amianto, danni economici rilevanti ed irreparabili. Ma alla decisione della relatrice oppongono ricorso, nel gennaio 2018, il Governatore dello stato di Rio de Janeiro per entrambi i processi³³ e l'*Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto* e l'*Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho* per il processo ADI n. 3.406³⁴, eccependo la competenza della relatrice ad adottare monocraticamente tale decisione, rilevando i gravi danni discendenti alla salute pubblica dalla limitazione degli effetti della decisione di incostituzionalità e chiedendo l'immediato ripristino dell'efficacia *erga omnes* delle decisioni del 29 novembre 2017. Il 5 ottobre 2018, la Procuratrice generale della Repubblica esprime i propri pareri in materia³⁵, pronunciandosi per una riconsiderazione della decisione impugnata e per l'accoglimento dei ricorsi del Governatore dello stato di Rio de Janeiro e delle due associazioni sopra menzionate.

Siamo così giunti all'oggi e, nelle more degli sviluppi processuali, certamente gonfiati da un eccesso di strumenti a disposizione dei ricorrenti, il divieto generalizzato di estrazione ed utilizzo dell'amianto che discenderebbe dalle dichiarazioni di incostituzionalità dell'art. 2 della l. n. 9.055/1995, pronunciate il 29 novembre 2017, non ha ancora trovato applicazione pratica, né si può certo dire che la certezza del diritto abbia guadagnato molto nello svolgersi della vicenda illustrata. Tuttavia, non sarebbe giusto sottacere lo sforzo evolutivo intrapreso, sia pure tra remore e resistenze di vario tipo, dal STF per abbandonare un approccio meramente formalistico e dare più compiuta applicazione ai precetti fondamentali ed alla filosofia di base del testo costituzionale del 1988. Non sembrano però esistere certezze sul consolidamento del nuovo indirizzo giurisprudenziale, non solo per la timidezza e le contraddizioni con cui esso si è espresso, ma anche per il peso delle modalità di nomina dei giudici, modalità in fin dei conti politiche anche quando la scelta cada su personalità di altissima preparazione giuridica. La recente elezione del Presidente Jair Bolsonaro, di orientamento politico radicalmente opposto a quello dei suoi immediati predecessori, può infatti far ipotizzare che le prossime nomine al Supremo Tribunale Federale possano presto portare ad un nuovo e contrario *revirement*.

a maggioranza di due terzi dei propri componenti, limitare gli effetti di tale dichiarazione o decidere che questa abbia efficacia soltanto a partire dal suo passaggio in giudicato o da un altro momento da definirsi.

³³ Se ne vedano i testi sul sito del STF, agli indirizzi <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313605902&ext=.pdf> e <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313605901&ext=.pdf>.

³⁴ Se ne veda il testo sul sito del STF, all'indirizzo <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313605899&ext=.pdf>.

³⁵ Se ne vedano i testi sul sito del STF, agli indirizzi <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338808065&ext=.pdf> e <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338807936&ext=.pdf>.

Il Canada approva il divieto (quasi) assoluto di utilizzo dell'amianto.

Riflessioni a margine dei rapporti di competenza tra la federazione e le province e della giurisprudenza canadese in materia di *asbestos**

Canada Occupational Health and Safety Regulations 2017 Prohibition of Asbestos and Products Containing Asbestos Regulations 2018

Arianna Pitino**

«One of Nature's most marvellous productions, asbestos is a physical paradox. It has been called a mineralogical vegetable; it is both fibrous and crystalline, elastic yet brittle; a floating stone, which can be as readily carded, spun, and woven into tissue as cotton or the finest silk», (R.H. JONES, *Asbestos. It's Production and Use, with some Account of the Asbestos Mines of Canada*, Crosby Lockwood and Son, London, 1888, p. 6).

«All forms of asbestos (chrysotile, crocidolite, amosite, tremolite, actinolite and anthophyllite) are carcinogenic to humans», WHO (INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON CANCER), *Asbestos (Chrysotile, amosite, crocidolite, tremolite, actinolite and anthophyllite)*, 2012, p. 294.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Ricercatrice confermata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Genova, arianna.pitino@unige.it.

SOMMARIO: 1. Il Canada nel contesto internazionale di produzione e lavorazione dell'amianto; – 2. Brevi osservazioni sulle competenze legislative e regolamentari della Federazione e delle Province canadesi in materia di amianto; – 3. La disciplina dell'amianto a livello federale e le novità appena introdotte dal *Canada Occupational Health and Safety Regulations 2017* e dal *Prohibition of Asbestos and Products Containing Asbestos Regulations 2018*; – 4. La disciplina dell'amianto a livello provinciale; – 5. L'amianto nelle sentenze dei giudici canadesi; – 6. Conclusioni.

ABSTRACT:

L'articolo analizza i regolamenti appena approvati dal Governo canadese nel 2017 e alla fine del 2018 che vietano in modo molto esteso la lavorazione, l'importazione, la vendita e l'uso di prodotti contenenti amianto in Canada. L'A. analizza le competenze della Federazione e delle Province in materia di amianto e sottolinea come in Canada vi sia stato un ricorso limitato alle Corti per risolvere i casi concernenti l'amianto. A fronte di un giudizio positivo sulle norme appena approvate, l'A. esprime alcune perplessità relative all'esclusione dai divieti federali dell'utilizzo da parte delle Province dei residui minerari in cui vi sia dell'amianto, che può mettere in pericolo la salute dei lavoratori e degli abitanti delle zone limitrofe.

The article examines the Regulations which prohibit the import, sale and use of asbestos and the manufacture, import, sale and use of products containing asbestos in Canada, with a limited number of exclusions, just approved in 2017 and 2018 by the Government of Canada. The A. analyses the competences on asbestos of the Federation and Provinces coming from Constitution Act 1867 and gives some explanations of the restrained appeal to Canadian Courts to solve asbestos related claims. Besides she express a critical opinion on the exclusion of mining residues containing asbestos from Federal ban, because it could have a negative impact over the health of workers and inhabitants of neighboring areas.

1. Il Canada nel contesto internazionale di produzione e lavorazione dell'amianto

È noto come le condizioni socio-economiche interne influenzino la sensibilità degli Stati per quanto riguarda il bilanciamento tra lo sviluppo economico e la protezione dell'ambiente e della salute umana che ne consegue. Gli Stati economicamente più sviluppati, che sono in grado di garantire ai propri cittadini delle buone condizioni di vita e un livello occupazionale soddisfacente, sono in genere più inclini ad adeguare il proprio sistema produttivo alle esigenze di tutela della salute dei cittadini rispetto agli Stati in via di sviluppo, spesso impegnati invece a fronteggiare delle necessità percepite come più impellenti, come la povertà diffusa e gli alti livelli di disoccupazione¹.

¹ N.A. BUTT, *Environment, Mining and the Lesser Developed Countries*, in *Minerals and Environment*, vol. 3, n. 1, 1981, p. 99.

Le politiche pubbliche e gli interventi normativi posti in essere dagli Stati per vietare la produzione, la lavorazione e la commercializzazione dell'amianto e dei prodotti da esso derivati sembrano dare prova di quanto si è appena affermato con l'eccezione, fino a tempi recentissimi, proprio del Canada.

L'Organizzazione mondiale della sanità sostiene ormai da più di quarant'anni che l'inhalazione delle fibre di amianto e l'uso di prodotti contenenti questo materiale sono causa di gravi malattie, che interessano soprattutto l'apparato respiratorio, e considera tali evidenze scientifiche «definitive e incontrovertibili»².

Sul piano del commercio internazionale gli Stati hanno la facoltà di introdurre delle misure restrittive degli scambi finalizzate a consentire l'attuazione di politiche pubbliche di protezione della salute umana, animale e dell'ambiente, secondo quanto previsto dagli articoli III, c. 4 e XX del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT). Tali misure non possono però essere arbitrarie, discriminatorie o nascondere delle limitazioni ingiustificate al commercio internazionale e sulla loro adozione il WTO ha sempre avuto delle posizioni alquanto restrittive, anche in materia di amianto³.

Il Canada è il primo Stato ad avere fatto un uso industriale dell'amianto già a partire dal 1880, quando la Provincia del Quebec ha avviato lo sfruttamento delle proprie miniere di amianto bianco (o crisotilo)⁴. Il picco mondiale nell'estrazione e nell'utilizzo dell'amianto si è avuto nel 1975 (con 25 Paesi produttori e altri 85 in cui si dava luogo alla sua lavorazione) e gli Stati in cui negli stessi anni esso è stato impiegato in misura maggiore sono stati l'Australia, il Canada e, per quanto riguarda l'Europa, la Germania, la Danimarca e il Lussemburgo⁵.

Negli ultimi trent'anni i principali Stati produttori ed esportatori di amianto sono stati la Russia, la Cina, il Kazakistan, il Brasile, il Canada, lo Zimbabwe e la Colombia, anche se

² WHO (INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON CANCER), *IARC Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risk of Chemicals to Men – Asbestos*, vol. 14, Lyon, 1977, spec. p. 80 ss. e, più di recente, WHO (INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON CANCER), *Asbestos (Chrysotile, amosite, crocidolite, tremolite, actinolite and anthophyllite)*, 2012, <https://monographs.iarc.fr/wp-content/uploads/2018/06/mono100C-11.pdf>, p. 219. "Amianto" è il termine commerciale utilizzato per indicare sei fibre minerali naturali appartenenti ai silicati e alle serie mineralogiche del serpentino (crisotilo detto anche amianto bianco o *white gold*) e degli anfiboli (actinolite, amosite, tremolite, antofillite e crocidolite o amianto blu). Il più usato e diffuso è l'amianto crisotilo ed è una delle principali cause di fibrosi polmonare, mesotelioma e altre forme tumorali soprattutto a carico dell'apparato respiratorio.

³ A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Cedam, Padova, 2016, p. 576, ricorda la giurisprudenza restrittiva del WTO nei casi *Gamberetti* (Stati Uniti, *Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WTO Case n. 58, 6 novembre 1998 e *Asbesto* (Comunità europea, *Measures Affecting asbestos and asbestos-containing products*) su ricorso del Canada, WTO Case n. 135, 5 aprile 2001, nel quale è stato riconosciuto che la legge francese (l. n. 96-1133, 24 dicembre 1996) che vietava l'importazione, la produzione e la vendita di amianto e di prodotti contenenti amianto violava l'art. III, c. 4 GATT (par. 8.154-8.157).

⁴ R.H. JONES, *Asbestos. It's Production and Use, with some Account of the Asbestos Mines of Canada*, Crosby Lockwood and Son, London, 1888, p. 30, riporta che la prima miniera per l'estrazione dell'amianto è stata aperta nella città di Thetford (Québec) nel 1877. Altre miniere meno importanti si trovano anche in Newfoundland, British Columbia e Yukon.

⁵ È stato calcolato che l'amianto può essere impiegato in più di 3.000 lavorazioni o prodotti utilizzati prevalentemente nel settore dell'edilizia, WHO (INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON CANCER), *Asbestos (Chrysotile, amosite, crocidolite, tremolite, actinolite and anthophyllite)*, cit., p. 222.

nello stesso intervallo di tempo l'utilizzo di questo materiale ha continuato a diminuire a causa dei divieti relativi alla sua lavorazione e commercializzazione introdotti da numerosi Stati in tutto il mondo⁶. A questo proposito si possono ricordare innanzitutto gli Stati membri dell'Unione europea nei quali, a partire dal 1 gennaio 2005, è vietato l'utilizzo e la commercializzazione di tutti i prodotti contenenti amianto⁷; oppure gli Stati Uniti dove, pur in assenza di una legge federale che vieti in modo esplicito l'utilizzo dell'amianto, è riuscito comunque ad affermarsi un «sistema di tutela preventiva e risarcitoria efficace» che ha prodotto risultati non molto diversi da quelli conseguiti dagli Stati in il divieto è previsto dalla legge⁸.

Per quanto riguarda, più in particolare, la produzione e l'utilizzo dell'amianto in Canada oggetto del presente scritto, uno dei pochi giuristi canadesi che si è occupato di questo tema, afferma che il Canada «*has long be viewed as a leader in matters of public health, and general public welfare. [...] On one issue [asbestos n.d.A.] however, Canada has stepped down from its customary ethical and moral high ground in order to actively promote an industry in a downward spiral due to the severe health effects of its products*»⁹.

Il Canada sembra avere dunque messo da parte i valori sottesi alla sua stessa identità costituzionale, improntata alla tutela dei diritti fondamentali e, in modo particolare, del diritto alla salute, rinunciando, fino a tempi recentissimi, a riconoscere in modo chiaro e incontrovertibile gli effetti dannosi dell'amianto sulla salute e di proibirne l'estrazione, l'importazione e la lavorazione interna, nonché la sua esportazione soprattutto verso gli Stati in via di sviluppo¹⁰. In questo senso, dunque, rispetto a quanto si è affermato all'inizio il Canada rappresenta un'evidente eccezione tra gli Stati di democrazia occidentale più sviluppati che hanno introdotto già da tempo dei divieti per limitare l'utilizzo dell'amianto¹¹. Sul piano internazionale un esempio particolarmente eloquente dell'atteggiamento non ostile all'uso all'amianto assunto dal Canada può essere rinvenuto nel fatto che esso abbia

⁶ Nel 2007 questi sei Stati producevano il 96% dell'amianto a livello mondiale, COLLEGIUM RAMAZZINI, *Asbestos is still with us: Repeat Call for a Universal Ban*, in *Official Journal of the Society of the Nippon Dental University of Tokyo*, vol. 98, n. 2, p. 99.

⁷ L'esistenza di normative europee in materia di amianto risale al 1986. La direttiva 1999/77/CE ha introdotto il divieto assoluto di utilizzo dell'amianto a fini industriali o commerciali anche se, come è stato osservato, la stessa risulta meno efficace per quanto riguarda l'importazione di prodotti che contengono amianto, *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Liberare l'UE dall'amianto»*, (2015/C 251/03), 31 luglio 2015.

⁸ Si veda l'analisi di C. SARTORETTI, *La protezione dall'amianto fra prevenzione e sicurezza: l'esperienza statunitense*, in P.M. VIPIANA (a cura di), *Inquinamento da amianto*, Cedam, Padova, 2014, p. 197 ss., spec. p. 208, la quale ricorda come fino agli anni ottanta gli Stati Uniti siano Stati uno dei principali utilizzatori di amianto a livello mondiale.

⁹ C.P.H. BITONTI, *Exporting Ignorance: Canada's Opposition to the Regulation of the International Chrysotile Asbestos Trade Under the Rotterdam Convention*, in *Asper Rev. of Int'l Bus. and Trade Law*, 9, 2009, p. 171.

¹⁰ Tra questi la maggiore esportazione di amianto si è avuta verso l'India, L. EGGERTSON, *Quebec Stands Firm on Asbestos Exports Despite Growing Controversy*, in *Canadian Medical Association Journal*, vol. 182, n. 5, p. 239.

¹¹ Per quanto riguarda l'Europa v. WHO, *Asbestos: Use, Bans and Disease Burden in Europe*, www.who.int/bulletin/volumes/92/11/13-132118/en/.

negato fino al 2017¹² il proprio consenso all'introduzione di questo materiale tra le sostanze chimiche pericolose elencate nella Convenzione di Rotterdam. Quest'ultima, com'è noto, è un trattato internazionale multilaterale approvato a Rotterdam il 10 settembre 1998 ed entrato in vigore il 24 febbraio 2004 in seguito al deposito del cinquantesimo strumento statale di ratifica, come richiesto dall'art. 26 della Convenzione stessa. A partire da questa data la Convenzione di Rotterdam è diventata giuridicamente vincolante per tutti gli Stati che l'hanno sottoscritta e ratificata nei propri ordinamenti statali, compreso il Canada, che aveva dato corso alla ratifica il 26 agosto 2002¹³. Lo scopo principale della Convenzione è appunto quello di accrescere la consapevolezza e lo scambio di informazioni tra gli Stati per quanto riguarda l'importazione di sostanze chimiche pericolose per l'ambiente e la salute umana e dei pesticidi, che vengono così sottoposti a una procedura di consenso preventivo e informato ai fini del commercio internazionale.

2. Brevi osservazioni sulle competenze legislative e regolamentari della Federazione e delle Province canadesi in materia di amianto

Prima di analizzare gli interventi normativi appena approvati dal Governo federale con i quali è stato introdotto un divieto, quasi assoluto, di utilizzo dell'amianto in Canada, è necessario soffermarsi molto brevemente sulle competenze legislative e regolamentari possedute dalla Federazione e dalle Province in questo specifico ambito rispettivamente a livello centrale e periferico.

Per prima cosa, infatti, la disciplina dell'amianto interessa la tutela dell'ambiente e della connessa salute umana, ovvero una materia che in base al *Constitution Act 1867* non risulta espressamente menzionata né tra le competenze esclusive della Federazione (*Const. Act 1867*, art. 91), né tra quelle esclusive delle Province (*Const. Act 1867*, art. 92). Lo Stato federale è tuttavia intervenuto a disciplinare questa materia (v. il *Canadian Environmental Protection Act 1999* e i suoi regolamenti attuativi) assumendo come base legale la propria potestà legislativa e regolamentare esclusiva su *Criminal law, Fisheries, Shipping and Navigation* e *Interconnected Undertakings* e quella residuale su *Peace, Order and Good Government of Canada* (*Const. Act 1867*, art. 91). Le Province sono intervenute a loro vol-

¹² Il 4 maggio 2017 si è tenuta a Ginevra l'VIII Conferenza degli Stati contraenti della Convenzione di Rotterdam, durante la quale il Canada ha espresso per la prima volta il proprio parere favorevole a inserire l'amianto tra le sostanze pericolose elencate nell'Allegato III della Convenzione. Russia, Kazakistan, Zimbabwe, India, Kirgizstan, Bielorussia e Siria hanno invece negato il loro consenso, impedendo così l'inserimento dell'amianto nella lista della Convenzione di Rotterdam visto che si richiede l'unanimità tra gli Stati contraenti, v. K. Ruff, *Asbestos Industry Sabotages UN Rotterdam Convention*, 4 maggio 2017, <https://rightoncanada.ca/?p=4027>.

¹³ Per una visione complessiva dello stato di ratifica della Convenzione di Rotterdam v. il sito della stessa all'indirizzo <http://www.pic.int/Countries/Statusofratifications/tabid/1072/language/en-US/Default.aspx>.

ta con leggi e regolamenti in materia di ambiente e salute umana basandosi sulle proprie competenze esclusive in materia di *Property and Civil Rights (in the Province)*, *Matters of a Merely Local or Private Nature (in the Province)*, and *Local Works and Undertakings*¹⁴. In particolare in ogni Provincia sono in vigore leggi che regolano la gestione e lo smaltimento dei rifiuti, l'inquinamento dell'aria, la gestione dei combustibili, la bonifica dei siti inquinati e la valutazione ambientale¹⁵.

Altre competenze rilevanti in materia di amianto riguardano la potestà legislativa e regolamentare della Federazione e delle Province in materia di salute e di sicurezza sul lavoro. Per quanto riguarda lo Stato federale, le norme in questione si trovano nel *Canada Occupational Health and Safety Regulations* che, a sua volta, ha la propria base legale nel *Canada Labour Code 1985* e si applica a tutti i lavoratori impiegati in attività commerciali o industriali che dipendono dalla Federazione. Spetta invece alle Province disciplinare la salute e la sicurezza sul lavoro in tutti i restanti ambiti lavorativi che assumono rilievo a livello provinciale, secondo quanto previsto dal *Constitution Act 1867* circa la competenza esclusiva provinciale in materia di *Local Works and Undertakings*¹⁶.

Infine, per i profili riguardanti l'importazione in Canada dell'amianto e dei prodotti in cui esso è presente e la sua esportazione verso altri Stati, assume rilievo la competenza federale esclusiva in materia di *Trade and Commerce (Const. Act 1867, art. 91, s. 2)*. Quest'ultima è particolarmente importante poiché restringendo oppure allargando i confini del mercato interno e internazionale dell'amianto il Governo federale è in grado di rendere più o meno efficaci le altre misure assunte nei confronti dell'utilizzo e della commercializzazione di questo materiale, oltre a poter incidere indirettamente sulle competenze provinciali (v. *infra*, par. 4).

Pertanto, com'è facile comprendere fin da ora, la disciplina dell'amianto da luogo a un intreccio di competenze federali e provinciali tale per cui le norme recentemente approvate dal Governo federale, e quelle che entreranno in vigore nel 2019 di cui si dirà tra breve, sono in grado di incidere in modo significativo sull'utilizzo dell'amianto in Canada,

¹⁴ Il fondamento del diritto alla protezione dell'ambiente può essere invece trovato nella *Canadian Charter of Rights and Freedoms* del 1982, dove l'art. 7 dispone che «*Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice*», v. L.M. COLLINS, *Safeguarding the Longue Durée: Environmental Rights in the Canadian Constitution*, in *The Supreme Court Law Review*, vol. 71, 2015, p. 519 ss.

¹⁵ V. per es. l'Ontario *Environmental protection Act*, il British Columbia *Environmental Mangement Act*, l'Alberta *Environmental Protection and Enhancement Act*, e il Quebec *Environmental Quality Act*.

¹⁶ Rientrano nella disciplina federale i lavoratori dei seguenti settori: *banks; marine shipping, ferry and port services; air transportation, including airports, aerodromes and airlines; railway and road transportation that involves crossing provincial or international borders; canals, pipelines, tunnels and bridges (crossing provincial borders); telephone, telegraph and cable systems; radio and television broadcasting; grain elevators, feed and seed mills; uranium mining and processing; businesses dealing with the protection of fisheries as a natural resource; many First Nation activities; most federal Crown corporations; private businesses necessary to the operation of a federal act*. Tutto il resto rientra invece nella disciplina delle singole Province. Per approfondimenti v. <https://www.canada.ca/en/employment-social-development/programs/employment-equity/regulated-industries.html>.

ma incontrano comunque il limite delle competenze provinciali. Le Province, a loro volta, possono infatti rafforzare oppure attenuare l'efficacia degli interventi e delle politiche pubbliche predisposti dal livello federale che sembrano andare con decisione nel senso di limitare, quanto più possibile, l'uso dell'amianto in Canada.

3. La disciplina dell'amianto a livello federale e le novità appena introdotte dal *Canada Occupational Health and Safety Regulations 2017* e dal *Prohibition of Asbestos and Products Containing Asbestos Regulations 2018*

All'inizio degli anni ottanta il Canada ha inaugurato la politica del c.d. "controlled use" dell'amianto secondo la quale un basso livello di esposizione nei processi di estrazione, lavorazione, trasporto e conservazione di questo materiale, avrebbe comportato un rischio per la salute dei lavoratori non superiore a quello di altre produzioni industriali.

A ulteriore conferma del comportamento ambivalente tenuto dal Governo canadese, si può osservare come da un lato, a partire dalla fine degli anni settanta, sono state approvate delle normative federali per controllare le emissioni di amianto nell'atmosfera derivanti dalle attività di estrazione mineraria (*Asbestos Mines and Mills Release Regulations 1977*), insieme a regole più severe riguardanti i prodotti che contengono amianto (v. *Hazardous Products Act 1985*) e l'esposizione a questo materiale nei luoghi di lavoro (v. *Canada Occupational Health and Safety Regulations 1986*); dall'altro lato, l'ultima miniera di amianto presente in Quebec – destinato soprattutto all'esportazione – è stata definitivamente chiusa soltanto nel 2011¹⁷, e fino al 2007 l'esportazione, l'importazione e più in generale l'utilizzo di prodotti contenenti amianto non sono mai stati oggetto di restrizioni particolarmente severe¹⁸. Soltanto a partire dal 2007, infatti, l'*Asbestos Products Regulations 2007*¹⁹, adottato sulla base del *Canada Consumer Product Safety Act*, ha introdotto una disciplina

¹⁷ <https://www.asbestos.com/mesothelioma/canada/>.

¹⁸ In base all'*Export of Substances on the Export Control List Regulations*, nel 2000 l'amianto crisotilo è stato inserito nella lista delle sostanze sottoposte a controlli prima dell'esportazione. Per quanto riguarda l'importazione e l'esportazione di prodotti contenenti amianto v. in particolare l'*Hazardous Products Act 1985*.

L. Kazan-Allen, *Canadian Asbestos: a Global Concern*, www.ibasecretariat.org/lka_ottawa_conf_rep_03_plus.php, evidenza come fino ad anni molto recenti il Canada abbia esportato il 95% dell'amianto e ancora oggi siano utilizzati molti prodotti nei quali è presente l'amianto come i materiali a base di cemento, i rivestimenti per i pavimenti, i materiali di frizione (per es. i freni e le frizioni delle auto) e i prodotti tessili (soprattutto quelli ignifughi).

¹⁹ *Asbestos Product Regulations 2007* (SOR/2007-260) è stato sottoposto a modifica integrale nel 2016 (SOR/2016-164).

più stringente e alcuni divieti in materia di importazione, lavorazione e vendita di prodotti contenenti amianto (soprattutto per la tipologia di amianto crocidolite)²⁰.

Nel dicembre 2016²¹ il Governo Trudeau - tramite la Ministra della Scienza Kirsty Duncan, di concerto con le Ministre della Salute Jane Philpott, dell'ambiente e dei cambiamenti climatici Catherine McKenna e dei servizi pubblici e degli appalti Judy M. Foote - ha annunciato una decisa inversione di rotta in materia di amianto, prevedendo l'avvio di una serie di politiche pubbliche e di interventi normativi finalizzati a vietarne progressivamente l'utilizzo in tutto il Canada. In particolare nel programma complessivo del Governo sono stati previsti: il divieto all'importazione e alla lavorazione dell'amianto e dei prodotti che contengono questo materiale, nonché la sua esportazione verso altri Stati; nuove regole in materia di salute e di sicurezza dei lavoratori più esposti ai rischi di contaminazione da amianto; il completamento della mappatura dei fabbricati di proprietà del Governo federale in cui è presente questo materiale; l'avvio di programmi congiunti con le Province per vietare l'utilizzo di prodotti contenenti amianto sia nelle nuove costruzioni, sia nel rifacimento di quelle già esistenti; l'inclusione dell'amianto tra le sostanze pericolose elencate nella Convenzione di Rotterdam (v. *supra*, par. 1); l'avvio di campagne informative per rendere i canadesi più consapevoli degli effetti dannosi dell'amianto sulla salute.

Nel 2017²² sono entrate in vigore le modifiche apportate al *Canada Occupational Health and Safety Regulations (COHSR 2017, sec. 10.1)* - che si applica a tutti i lavoratori impiegati a livello federale - nel quale ogni tipologia di amianto si trova ora ricompresa nell'elenco delle "Sostanze pericolose" e dove è stato introdotto un limite di esposizione "il più possibile vicino allo zero", ovvero non superiore a 0,1 fibra/cm³ (in precedenza il limite era di 1 fibra/cm³)²³. Sono state inoltre previste una serie di definizioni concernenti gli *asbestos-containing material* (ogni prodotto che contenga più dell'1% di amianto), le tecniche per misurare e per contenere la dispersione delle fibre di amianto nei luoghi in cui esso è presente (*clearance air sampling, containment system, encapsulation, enclosure, glove bag, Hepa filter*) e le attività che espongono i lavoratori a livelli di rischio di contaminazione da amianto qualificati come "high", "low" e "moderate".

²⁰ Secondo quanto riportato dallo stesso Governo canadese nel documento *Consultation on the Proposed Regulatory Approach to Prohibit Asbestos and Products Containing Asbestos*, http://ibasecretariat.org/canada_consultation_on_2018_asb_ban_2017.pdf, p. 3, il Canada ha importato amianto e prodotti contenenti amianto per un valore totale corrispondente a 6.017.159 dollari canadesi nel 2014, a 8.346.279 dollari canadesi nel 2015 e a 5.637.206 dollari canadesi nel 2016.

²¹ <https://www.canada.ca/en/innovation-science-economic-development/news/2016/12/government-canada-asbestos.html?undefined&wbdisable=true>.

²² *Regulations Amending Certain Regulations Made Under the Canada Labour Code - Canada Occupational Health and Safety Regulations*, SOR/2017-102, 20 giugno 2017, sec. 1. V. anche le *Technical Guideline to Asbestos Exposure Management Programs*, pubblicate dal governo canadese all'indirizzo web <https://www.canada.ca/en/employment-social-development/services/health-safety/reports/asbestos-exposure-management-programs.html>.

²³ V. *Canada Occupational Health and Safety Regulations*, sec. 10.19 (1.1.), in cui si richiama il limite di 0,1 f/cm³ (fibra per centimetro cubo) fissato per tutti i tipi di amianto dalla *American Conference of Governmental Industrial Hygienist, Threshold Limit Values (TLVs) and Biological Exposure Indices (BEIs)*.

Sono stati inoltre disciplinati nel dettaglio il *Control of Hazards* e l'*Asbestos Exposure Management Program*, introducendo norme di comportamento più severe e obblighi specifici a carico dei datori di lavoro (per es. misurazione dei livelli di amianto nell'aria, bonifica dei luoghi e delle attrezzature venute a contatto con fibre di amianto, smaltimento dei rifiuti contenenti amianto) per tutelare la salute dei lavoratori che rischiano di venire a contatto con l'amianto nei luoghi di lavoro (dalla sec. 10.26.1 alla 10.26.11)²⁴. Le disposizioni concernenti l'*Asbestos Exposure Management Program* sono state inserite anche nei regolamenti che tutelano in modo specifico la salute di alcune categorie di lavoratori impiegati a livello federale potenzialmente più esposti all'amianto, la cui disciplina ricade sempre nella competenza esclusiva del governo federale, come l'*Aviation Occupational Health and Safety Regulations*²⁵, il *Maritime Occupational Health and Safety Regulations*²⁶, l'*Oil and Gas Occupational Safety and Health Regulations*²⁷ e l'*On Board Trains Occupational Health and Safety Regulations*²⁸.

Il 6 gennaio 2018 il Governo federale ha presentato il progetto di regolamento *Prohibition of Asbestos and Asbestos Products Regulations*²⁹ che, dopo essere stato approvato, è stato da ultimo registrato il 1 ottobre 2018 (*Statutory Instruments Act*, art. 5.1 e 6) e pubblicato il 17 ottobre 2018 con il titolo *Prohibition of Asbestos and Products Containing Asbestos Regulations (PAPCAR 2018)*³⁰ ed entrerà in vigore il 30 dicembre 2018 (novanta giorni dopo la registrazione). Il *PAPCAR 2018* si colloca tra gli atti governativi di tipo regolamentare che danno attuazione al *Canadian Environmental Protection Act 1999 (CEPA 1999*, art. 93)³¹ e che, nello specifico, introduce in Canada un divieto molto esteso di importazione, vendita, uso e lavorazione dell'amianto e dei prodotti che lo contengono, prevedendo soltanto alcune limitate eccezioni. Queste ultime riguardano in particolare: i residui minerari (v. *infra*, par. 4) e i pesticidi; l'amianto presente in strutture e infrastrutture già esistenti, con particolare riguardo al riutilizzo dell'amianto presente nelle infrastrutture stradali (asfalto); i prodotti in cui vi siano tracce minime di amianto già in uso nel momen-

²⁴ *Regulations Amending Certain Regulations Made Under the Canada Labour Code – Canada Occupational Health and Safety Regulations*, SOR/2017-102, 20 giugno 2017, sec. 4.

²⁵ *Aviation Occupational Health and Safety Regulations*, sec. 5.16 e 5.19.1-5.19.11, modificato da SOR/2017-132 s18 e s19, 20 giugno 2017.

²⁶ *Maritime Occupational Health and Safety Regulations*, sec. 257.1-257.9; 257.91-257.92; 258, modificato da SOR/2017-132 s16, 20 giugno 2017.

²⁷ *Oil and Gas Occupational Safety and Health Regulations*, sec. 11.11; 11.28.1-11.28.11, modificato da SOR/2017-132 s11, 20 giugno 2017.

²⁸ *On Board Trains Occupational Health and Safety Regulations*, sec. 7.20 e 7.23.1-7.23.11, modificato da SOR/2017-132 s8, 20 giugno 2017.

²⁹ *Canada Gazette*, Part. I, vol. 152, n. 1, 6 gennaio 2018, p. 43.

³⁰ *Prohibition of Asbestos and Products Containing Asbestos Regulations*, SOR/2018-196, *Canada Gazette*, part II, vol. 152, n. 21, 17 ottobre 2018.

³¹ CEPA 1999, art. 93: «[...] the Governor in Council may, on the recommendation of the Ministers, make regulations with respect to a substance specified on the List of Toxic Substances in Schedule 1 [...]», nella quale vi è anche l'amianto.

to dell'entrata in vigore del nuovo regolamento; l'amianto esposto nei musei o usato per finalità scientifiche; l'amianto in transito sul territorio canadese; l'amianto utilizzato negli impianti nucleari e nelle attrezzature militari il cui utilizzo, a partire dal 31 dicembre 2022, dovrà essere preventivamente autorizzato; l'utilizzo dell'amianto nell'industria dei cloruri-alcalini (che sarà vietato a partire dal 31 dicembre 2029)³².

Inoltre, il *PAPCAR 2018* (artt. 26-34), intervenendo sull'*Export of Substances on the Export Control List Regulations (ESECLR)*, vieta anche l'esportazione dell'amianto e dei prodotti che lo contengono verso gli Stati esteri. I divieti federali in merito sull'importazione e esportazione dell'amianto sono molto importanti poiché hanno l'effetto di ridurre drasticamente sia il mercato (soprattutto esterno) dei prodotti canadesi che ancora contengono amianto, sia la possibilità di introdurre di nuovi in Canada da Stati esteri. Anche in questo caso sono state previste alcune eccezioni all'esportazione dell'amianto riguardanti lo smaltimento dei rifiuti pericolosi e di quelli riciclabili, gli oggetti di uso personale o domestico e le attrezzature militari in cui sia presente questo materiale. Resta inoltre possibile esportare l'amianto, previa autorizzazione, per il suo smaltimento o per quello dei prodotti che lo contengono, se si trova in prodotti già esistenti prima dell'entrata in vigore del divieto, se il contenuto di amianto è minimo, se si trova unito ad altre materie prime destinate all'esportazione, per l'utilizzo in prodotti non destinati al consumo, per usi scientifici e per l'esposizione nei musei.

Le norme contenute nel *PAPCAR 2018*, una volta entrate in vigore, andranno ad abrogare definitivamente l'*Asbestos Products Regulations 2016* che, come già accennato poco sopra, ha regolato finora l'importazione, la lavorazione e la vendita dei prodotti contenenti amianto prevedendo delle restrizioni non particolarmente severe.

L'approvazione del *PAPCAR 2018* è stata preceduta da una doppia fase di dibattito pubblico che ha consentito a tutti gli interessati (enti pubblici municipali e regionali, rappresentanti dell'industria e dei lavoratori, governi provinciali, singoli individui) di inviare al Governo federale le proprie osservazioni sia prima della presentazione del progetto di regolamento (17 dicembre 2017 - 4 giugno 2017), sia durante l'approvazione dello stesso (6 gennaio 2018 - 22 marzo 2018). Dalle consultazioni pubbliche è emerso un ampio consenso sulle limitazioni in materia di amianto previste dal Governo federale. Le stesse hanno però portato anche all'introduzione di alcune deroghe che inizialmente non erano state previste nel progetto di regolamento federale tra cui, soprattutto, l'utilizzo dei residui minerari in cui sia presente l'amianto, il riutilizzo dei materiali contenenti amianto derivan-

³² Le eccezioni riguardanti l'utilizzo dell'amianto negli impianti nucleari e in ambito militare (navi, aerei, sottomarini e mezzi terrestri) non erano presenti nel progetto iniziale di regolamento pubblicato nel gennaio 2018. Inoltre, il divieto previsto per l'utilizzo dell'amianto negli impianti di cloruri-alcalini era stato inizialmente fissato al 2025 e ora posticipato al 2029.

ti dal rifacimento di infrastrutture stradali e l'utilizzo dell'amianto negli impianti nucleari e per le attrezzature militari³³.

4. La disciplina dell'amianto a livello provinciale

Come già evidenziato in precedenza, non ogni aspetto riguardante la disciplina dell'amianto ricade nella competenza federale, ma vanno tenute in considerazione anche alcune competenze delle Province. In particolare queste ultime hanno potestà legislativa e regolamentare sulle attività di estrazione mineraria, sullo smaltimento dei rifiuti e sulla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori impiegati a livello provinciale.

Per quanto riguarda l'estrazione mineraria, oltre al fatto che le ultime due miniere di amianto presenti in Quebec hanno cessato le proprie attività nel 2011, i regolamenti federali appena entrati in vigore, vietando l'esportazione e la lavorazione di (nuovi) prodotti contenenti amianto, dovrebbero portare alla progressiva estinzione di ogni possibile mercato, interno e internazionale, in cui commercializzare l'amianto, così da rendere impraticabile di fatto l'eventuale riapertura di miniere da cui estrarre questo minerale. Si può dunque osservare come il Governo federale confidando, tra l'altro, sulla propria competenza esclusiva in materia di *Trade and Commerce (Const. Act 1867, art. 91, s. 2)*, possa condizionare indirettamente l'attività di estrazione mineraria dell'amianto a livello provinciale.

Per quanto riguarda lo smaltimento dei rifiuti contenenti amianto va osservato come questa sia in realtà una competenza condivisa tra le Province e la Federazione cui spetta comunque regolare lo smaltimento all'interno dei territori federali e in quelli occupati dagli Aborigeni, oltre a quello interprovinciale e verso l'estero.

Un oggetto che va analizzato con particolare cautela sotto il profilo dei rapporti tra la Federazione e le Province è l'utilizzo da parte delle seconde dei residui minerali nei quali, insieme ad altri minerali, siano presenti anche quantità variabili di amianto, allo scopo di estrarne altri minerali di valore (tra cui soprattutto il magnesio) oppure per un loro reimpiego nel settore edilizio. È infatti necessario chiedersi se l'utilizzo dei residui in questione sia parte delle competenze provinciali in materia di estrazione mineraria, oppure se rientri nella competenza federale relativa all'ambiente e a *Peace, Order and Good Government of Canada*. Tra le due opzioni, sembra essere più in linea con il riparto delle competenze previsto dal *Constitution Act 1867* ricondurre la competenza in senso stretto sui residui minerali al livello provinciale anziché a quello federale. Ciò non sembra però escludere la possibilità che la Federazione, in base alle proprie competenze sopra indicate, vieti ogni lavorazione dei residui minerali in cui sia presente l'amianto. Nell'ambito del *PAPCAR*

³³ V. la parte relativa alle *Consultation* nel documento governativo di analisi di impatto del *PAPCAR 2018* alla pagina web <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2018/2018-10-17/html/sor-dors196-eng.html>.

2018 questo problema sembra essere stato risolto in via pragmatica con motivazioni di carattere politico, anziché ricorrere ad argomentazioni di tipo giuridico sul riparto delle competenze legislative e regolamentari tra la Federazione e le Province. Il Governo federale, infatti, ha dichiarato di avere previsto gli interventi provinciali sui residui minerari come eccezione al divieto generale di utilizzo dell'amianto introdotto dal *PAPCAR 2018*, operando un bilanciamento tra la tutela della salute pubblica e quella degli interessi economici delle Province emersi nella fase di consultazione pubblica che ha preceduto l'approvazione delle relative norme³⁴. Il *PAPCAR 2018* (sec. 6.1), consentendo l'utilizzo dei residui minerari, si limita quindi a subordinarne l'impiego nel settore delle costruzioni a una previa autorizzazione da parte della Provincia in cui gli stessi si trovano, oltre a vietare qualsiasi utilizzo dell'amianto presente nei residui minerari per la produzione di manufatti che contengano questo materiale (*PAPCAR 2018*, sec. 6.2).

La deroga così prevista sui residui minerari fa però emergere un ulteriore problema sotto il profilo della tutela della salute pubblica, che in questo caso rientra senza dubbio nella competenza esclusiva provinciale. L'utilizzo dei residui minerari espone infatti a rischi di contaminazione da amianto non solo i lavoratori, ma anche i residenti nelle aree in cui i residui si trovano. Per quanto riguarda, più nello specifico, la salute dei lavoratori, vanno considerati i limiti di esposizione all'amianto consentiti dagli *Occupational Health and Safety Regulations (OHSr)* presenti a livello provinciale e le procedure da questi previste per contenere i rischi derivanti dall'esposizione all'amianto per la salute umana. L'utilizzo dei residui minerari in questione all'interno di Province dove siano in vigore degli *OHSr* che consentono alti livelli di esposizione all'amianto, pone infatti i lavoratori in una situazione potenzialmente più rischiosa per la propria salute.

Al riguardo non si può dunque non evidenziare come l'utilizzo dei residui minerari e la loro esclusione dai divieti in materia di amianto previsti dal *PAPCAR 2018* abbia trovato soprattutto il sostegno delle organizzazioni non governative e delle associazioni industriali e dei lavoratori presenti in Quebec dove, essendo state più estese le attività di estrazione mineraria dell'amianto, si trovano anche le maggiori quantità di residui minerari che lo contengono³⁵. Sempre in Quebec sembra inoltre possibile rilevare i maggiori rischi per la salute dei lavoratori considerato che il *Quebec Regulation Respecting Occupational Health and Safety* prevede dei livelli di esposizione "sicura" all'amianto che, per quanto attiene a quello crisotilo più presente nelle sue miniere, è 10 volte più alto (1 fibra/cm³) di quello attualmente previsto a livello federale (0.1 fibra/cm³)³⁶ e dalle altre Province canadesi.

³⁴ Sugli esiti delle procedure di consultazione v. ancora <http://gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2018/2018-10-17/html/sor-dors196-eng.html>.

³⁵ Si stima che in Quebec siano presenti circa 800 milioni di tonnellate di residui minerari concentrati soprattutto nei pressi delle città di Thetford Mines e Asbestos, <https://business.financialpost.com/pmn/business-pmn/canada-ban-on-asbestos-takes-effect-but-mining-residues-are-exempt>.

³⁶ *Quebec Occupational Health and Safety, Schedule I, Permissible Exposure Values for Airborne Contaminants*, nel quale sono indicati i seguenti limiti per i vari tipi di "Asbestos": *Actinolite* 1 fibre/cm³; *Amosite* 0.2 fibre/cm³; *Anthophyllite* 1

Evidentemente questo secondo profilo ha una portata molto più ampia, poiché si estende a tutti i *Local Works and Undertakings* (*Const. Act. 1867*, art. 92) in cui i lavoratori possono venire a contatto con fibre di amianto, la cui competenza, come già più volte ricordato, spetta in via esclusiva alle Province. A ciò risulta inoltre collegato l'ulteriore problema - a livello federale e provinciale - della corretta applicazione delle normative in materia di salute e sicurezza dei lavoratori che vengono a contatto con l'amianto, che risultano in generale piuttosto complesse e non sempre sottoposte a controlli adeguati, anche di natura giurisdizionale (v. *infra*, par. 5, spec. nota 42)³⁷.

5. L'amianto nelle sentenze dei giudici canadesi

Il contenzioso giurisdizionale in materia di amianto sembra avere avuto un'importanza secondaria nelle Corti canadesi, dove i casi sono stati relativamente pochi se paragonati, per esempio, con quelli portati davanti alle Corti nei vicini Stati Uniti. Per comprendere la distanza che separa i due Stati, basta metterli a confronto su di un caso concreto che ha interessato la nota multinazionale *Goodyear* presente con proprie sedi sia negli Stati Uniti, sia in Canada. In particolare, tra il 1969 e il 1973, la *Goodyear Canada* aveva prodotto delle guarnizioni contenenti amianto destinate soprattutto al mercato statunitense: mentre negli Stati Uniti sono stati avviati centinaia di procedimenti giurisdizionali contro la *Goodyear Canada* e la *Goodyear U.S.*, in Canada non ce n'è stato neppure uno³⁸.

Benché il Canada sia stato, fino a tempi recentissimi, uno degli Stati *leader* a livello mondiale per ciò che riguarda l'estrazione, la lavorazione, l'utilizzo e la commercializzazione dell'amianto, una prima spiegazione della minore incidenza dei procedimenti giurisdizionali per il risarcimento dei danni alla salute provocati dall'amianto rispetto agli Stati Uniti, può essere trovata nella diversa consistenza della popolazione residente nei due Stati (che in Canada, per esempio, renderebbe più difficile l'avvio di *class-action*).

Questa spiegazione, piuttosto ovvia, da sola non sembra essere però sufficiente, ma a essa va affiancata almeno una seconda motivazione attinente alla diversa struttura dei sistemi sanitari canadese e statunitense³⁹. Com'è noto, infatti, in Canada è presente un sistema sa-

fibre/cm³; *Chrysotile* 1 fibre/cm³; *Crocidolite* 0.2 fibre/cm³; *Tremolite* 1 fibre/cm³.

³⁷ A questo proposito, benché non vi siano evidenze scientifiche circa l'esistenza di una soglia "sicura" di utilizzo dell'amianto, studi recenti hanno dimostrato come la previsione di standard elevati di sicurezza per i lavoratori che rischiano di venire a contatto con l'amianto contribuisca a ridurre al minimo l'insorgenza di malattie da amianto, AA.VV., *Occupational Exposure to Asbestos among Civic Workers: A Risk Assessment of Low-dose Exposure*, marzo 2017, <https://www.researchgate.net>.

³⁸ Si veda il par. 12 della sentenza *Goodyear Canada Inc. v. American International Companies (AIC)*, 2011, O.J. n. 4100, *Ontario Superior Court of Justice*, il cui oggetto è l'estensione della copertura assicurativa fornita dalla *AIC* alla *Goodyear Canada* (dal 1990 in poi tutte le compagnie assicurative hanno espunto dalle proprie polizze assicurative la copertura dei danni da amianto).

³⁹ Il Canada ha 36,71 milioni di abitanti e gli Stati Uniti 325,7 milioni di abitanti.

nitario finanziato e gestito pubblicamente che garantisce a tutti i canadesi l'accesso universale ai servizi sanitari ritenuti *medically necessary* indipendentemente dal reddito (in base ai noti principi di *universality, comprehensiveness, accessibility e public administration*)⁴⁰. Il sistema sanitario degli Stati Uniti si basa invece su di un sistema assicurativo misto pubblico/privato che, a fronte di costi molto elevati, non garantisce ai cittadini statunitensi né l'accesso alle cure in modo universale e indipendente dal reddito individuale, né quello a tutte le prestazioni sanitarie necessarie per curare una data malattia (con particolare riguardo proprio alle malattie da amianto, che dal 1990 non sono più coperte da nessuna compagnia assicurativa)⁴¹.

Una terza spiegazione può essere individuata sia nel fatto che in Canada le *consumer product litigation* (concernenti, in questo caso, i prodotti che contengono amianto) hanno costi molto elevati, sia nella circostanza per cui in tutte le Province canadesi sono in vigore già da molto tempo regolamenti e linee guida piuttosto dettagliati sui comportamenti da tenere in caso di presenza di amianto sui luoghi di lavoro che, se rispettati, rendono inutile avviare dei procedimenti giurisdizionali⁴².

Da ultimo va infine osservato come in Canada siano stati attivati vari canali alternativi alle Corti che consentono ai lavoratori canadesi che sono stati esposti o che hanno subito danni alla salute provocati dall'amianto di richiedere un risarcimento alle *Provincial Workers' Compensation Boards (WCBs)*, con il quale è possibile coprire sia le spese collegate alla malattia, sia ottenere un risarcimento per il mancato reddito o in caso di morte. In alternativa i lavoratori possono accedere ai c.d. *Workers' Compensation Trust Funds (WCTFs)* appositamente istituiti dalle società che in passato hanno esposto i propri lavoratori ai

⁴⁰ Per osservazioni in merito sia consentito rinviare ad A. PITINO, *Il sistema sanitario canadese tra principi comuni ed autonomia: una "partita aperta" tra federazione e province?*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria. Spunti e materiali per l'analisi comparata*, il Mulino, 2009, p. 339 ss.

⁴¹ Il WHO ha identificato tre indicatori in grado di individuare i sistemi sanitari che offrono una copertura universale per quanto riguarda la tutela della salute e gli aspetti finanziari: accessibilità a tutti i servizi sanitari, indipendentemente dalle capacità economiche; qualità dei servizi sanitari erogati; il pagamento delle spese sanitarie non deve costituire un rischio finanziario per le persone, http://www.who.int/health_financing/universal_coverage_definition/en/. Mentre il Canada soddisfa tutti e tre gli indicatori, gli Stati Uniti sono ancora lontani da questo obiettivo. Nonostante l'*Obamacare* del 2010 (*Affordable Care Act*) 26 milioni di statunitensi risultano ancora privi di un'assicurazione sanitaria, a fronte di una spesa pubblica sanitaria molto elevata, R. Olavarria, *Macra and Stark: Strange Bedfellows at the Heart of Health Care Reform*, in *The Wayne Law Review*, vol. 62, n. 131, 2017.

⁴² Tra le poche sentenze rinvenibili in materia di sanzioni per il mancato rispetto delle norme di sicurezza relative all'amianto sui luoghi di lavoro si veda *R. v. Bebelem Industries Inc.*, 11 febbraio 2015, M.J. n. 90, in cui la *Manitoba Provincial Court* ha imposto una sanzione di 43.800 dollari canadesi (v. anche quelli che sembrano essere gli unici due precedenti citati in questa sentenza, *City of Winnipeg* e *R. v. Nat - A Ltd*). Si veda altresì *R. v. Della Valle*, 14 settembre 2011, N.S.J. n. 31 della *Nova Scotia Provincial Court*.

Da evidenziare una sentenza della *British Columbia Supreme Court* che nel 2016 aveva assolto una Società accusata di non avere applicato le norme di sicurezza in materia di amianto poiché, secondo la stessa Corte, l'applicazione delle stesse sarebbe risultata "troppo complicata" (*Workers' Compensation Board v. Skylite Building Maintenance Ltd.*, 26 febbraio 2016, B.C.S.C. 394). La sentenza di primo grado è stata in seguito riformata in appello nel 2017 dalla *British Columbia Court of Appeal* che ha così ristabilito la piena efficacia delle normative provinciali in materia di sicurezza dei lavoratori esposti all'amianto (*Workers' Compensation Board of British Columbia v. Seattle Environmental Consulting Ltd.*, 13 gennaio 2017, B.C.C.A. 19).

maggiori rischi di sviluppare una malattia da amianto. Mentre i primi sono finanziati pubblicamente, i secondi hanno invece natura privata e le due forme di risarcimento si escludono l'una con l'altra, oltre a impedire il successivo o contestuale avvio di richieste di risarcimento anche in sede giurisdizionale (se non in caso di diniego del risarcimento da parte dei *WCBs* e *WCTFs* o se questo risulta troppo inferiore alle legittime aspettative dei ricorrenti).

Fatta questa premessa, in Canada è comunque possibile rinvenire due principali filoni giurisprudenziali in materia di amianto: gli *asbestos-based bodily-injury claims* che hanno come oggetto del contendere l'esposizione all'amianto nei luoghi di lavoro (di competenza sia federale, sia provinciale) oppure l'uso di prodotti contenenti amianto (la cui disciplina, prima dell'approvazione del *PAPCAR 2018*, poteva essere trovata soprattutto nell'*Hazardous Product Act* e nell'*Asbestos Products Regulations*); gli *asbestos property damage claims*, divenuti più frequenti tra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta, relativi soprattutto al contenzioso per la ristrutturazione di fabbricati contenenti amianto. Per quanto riguarda gli *asbestos-based bodily-injury claims* una sentenza piuttosto nota della Corte Suprema canadese in materia di amianto è *Hunt v. T&N plc* (conosciuta anche come *Hunt v. Lac d'Amiante du Québec Ltée*)⁴³ del 1993 la quale, tuttavia, è diventata famosa non tanto per i suoi effetti sui procedimenti giurisdizionali in materia di amianto, ma per il fatto che la Corte Suprema ha sostanzialmente riscritto le regole che disciplinano l'efficacia extraterritoriale delle leggi provinciali nei processi giurisdizionali che hanno luogo in altre Province⁴⁴. George Ernest Hunt, un elettricista canadese residente in British Columbia e malato di cancro causato dall'inalazione di fibre di amianto, aveva presentato presso una Corte provinciale una richiesta di risarcimento dei danni causati alla sua salute dall'utilizzo di materiali contenenti amianto prodotti e venduti da un'azienda del Québec. A tale riguardo, era stata avanzata una richiesta di accesso ai documenti necessari per il procedimento giurisdizionale attivato in British Columbia, alla quale era stata però data una risposta negativa poiché una legge del Québec, *il Business Concerns Records Act*, vietava di portare al di fuori della Provincia qualsiasi documento aziendale richiesto da Corti extraprovinciali. In questa sentenza la Corte Suprema canadese ha riconosciuto innanzitutto la possibilità per le Corti Supreme provinciali di sollevare delle questioni di legittimità costituzionale aventi come oggetto leggi vigenti in altre Province, evidenziando come tutte appartengono alla stessa «*Canadian federation and [are] governed by the same Constitution*». L'unico limite individuato dalla Corte Suprema per sottoporre al suo giudizio una legge provinciale consiste nel fatto che tale accertamento deve corrispondere alla tutela di un interesse rilevante della Provincia che ha sollevato la questione di costituzionalità. La Corte Suprema, fatta questa premessa, ha quindi dichiarato l'incostituzionalità

⁴³ *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289.

⁴⁴ R. Wisner, *Uniformity, Diversity and Provincial Extraterritoriality: Hunt v. T&N plc*, in *McGill Law Journal*, vol. 40, 1995, p. 761.

dei limiti previsti dal Québec *Business Concerns Records Act* in merito all'accessibilità agli atti custoditi all'interno della Provincia, ma necessari nei procedimenti giurisdizionali che hanno natura interprovinciale.

Anche se la sentenza della Corte Suprema si occupa soprattutto degli aspetti procedurali relativi all'impugnabilità delle leggi provinciali da parte di altre Province e dei limiti alla sovranità delle stesse in caso di leggi i cui effetti si estendano anche al di fuori del territorio provinciale, la stessa resta comunque molto importante proprio per i procedimenti giurisdizionali in materia di danni da amianto. Considerato infatti che il Quebec è la Provincia canadese in cui si è avuta la maggiore estensione delle attività industriali collegate all'estrazione e alla lavorazione dell'amianto, se la Corte Suprema non avesse riconosciuto l'incostituzionalità del Québec *Business Concerns Records Act* questa legge avrebbe reso di fatto improcedibili tutti i ricorsi giurisdizionali in materia di amianto instaurati presso le Corti di altre Province.

Un'altra sentenza interessante, che si colloca sempre negli anni novanta, ha come oggetto le compagnie assicurative e la copertura dei danni da amianto da parte delle polizze da esse concluse. La *Canadian Indemnity Company* aveva infatti chiesto l'annullamento dei contratti di assicurazione conclusi tra il 1970 e il 1975 con la *Canadian Johns-Manville Company*, una società dedicata all'estrazione e alla vendita dell'amianto e dei prodotti da esso derivati, sostenendo che nel momento della sottoscrizione delle relative polizze gli effetti di questo materiale sulla salute dei lavoratori non erano ancora sufficientemente noti e che la società assicurata aveva tenuto nascosto questo aspetto⁴⁵. La Corte Suprema, respingendo il ricorso della *Canadian Indemnity Company*, ha dichiarato con grande chiarezza che gli effetti dannosi dell'amianto sulla salute erano noti fin dal 1907, quando è stato scoperto il primo caso di "asbestosi", e che ad esso hanno fatto seguito altre importanti pubblicazioni in campo medico-scientifico nel 1927 e soprattutto nel 1960 (con i c.d. *Selikoff & Churg Reports*). Con questa sentenza la Corte Suprema ha quindi scoraggiato le compagnie assicurative a intentare altri ricorsi di tenore simile, nella speranza di vedere annullate le polizze assicurative concluse negli anni in cui in Canada si sono avuti i livelli maggiori di produzione e di utilizzo dell'amianto. La sentenza sembra importante anche perché la Corte Suprema ha riconosciuto gli effetti nocivi dell'amianto, senza però spingersi fino al punto di criticare in alcun modo l'ampio utilizzo che ancora negli anni novanta veniva fatto di questo materiale.

Per quanto riguarda gli *asbestos property damage claims*, questi hanno avuto origine soprattutto dai ricorsi dei proprietari di fabbricati contenenti amianto che chiedevano ai professionisti e alle società responsabili della costruzione e/o della ristrutturazione degli stessi il risarcimento dei danni economici derivanti sia dai minori introiti causati dalla pre-

⁴⁵ *Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co.*, 1990, 2 S.C.R. 549. Sempre in materia di assicurazioni, nella stessa direzione della sentenza precedente, v. anche *Coronation Insurance Co. v. Tako Air Transport Ltd.*, 1991, 3 S.C.R. 622, spec. pp. 640-41.

senza dell'amianto, sia dalle spese sostenute per rimuoverlo. Il primo di questi casi⁴⁶ giunto davanti a una Corte canadese nasceva dal ricorso della *Privest Properties* che chiedeva il risarcimento dei danni subiti alla società che aveva eseguito i lavori di ristrutturazione di un proprio fabbricato tra il 1972 e il 1975, per avere spruzzato sulle pareti un prodotto ignifugo a base di amianto. Le parti chiamate in causa erano molte, tra cui, l'appaltatore principale e le altre società sub-appaltatrici, la ditta produttrice del prodotto ignifugo e le società a essa collegate, nonché gli architetti che avevano predisposto il progetto. La Corte Suprema e la Corte d'appello della British Columbia hanno però respinto i ricorsi della *Privest* osservando come, per riconoscere i danni causati dall'amianto all'interno di un fabbricato, devono essere contemporaneamente soddisfatte tre condizioni: vi deve essere un rilascio continuo di amianto nell'atmosfera; le fibre di amianto devono avere delle caratteristiche tali da costituire un rischio effettivo per la salute dei lavoratori e di chi occupa il fabbricato; i lavoratori e gli occupanti del fabbricato devono essere esposti a un rischio maggiore di contrarre una malattia derivante dall'amianto rispetto alle altre persone. Anche in questo caso la Corte Suprema sembra avere individuato dei criteri piuttosto rigidi per riconoscere l'esistenza di un danno da amianto all'interno dei fabbricati, tale da scoraggiare nuovamente la proliferazione di eventuali ricorsi⁴⁷.

Ciò porta a concludere che, in aggiunta ai profili evidenziati all'inizio del paragrafo, anche le Corti canadesi sembrano avere scoraggiato in diversi casi l'accesso alla via giurisdizionale per la risoluzione di questioni aventi come oggetto l'amianto.

6. Conclusioni

Nel 2009 gli allora Ministri della salute e dell'ambiente canadesi, rispondendo a una petizione in materia di amianto⁴⁸, si esprimevano a favore delle politiche di “*controlled use*” di questo materiale attuate in Canada nei trent'anni precedenti. Ciò senza tuttavia negare gli effetti cancerogeni dell'amianto, compreso quello crisotilo più diffuso in Canada e destinato, fino al 2012, soprattutto all'esportazione verso i Paesi in via di sviluppo nei quali gli *standard* di sicurezza risultavano di gran lunga inferiori rispetto a quelli previsti dalla legislazione canadese. Anche per questo motivo, il Canada è stato oggetto di critiche severe da parte di chi ha osservato come, di fronte agli interessi economici, la tutela della salute, che rappresenta uno degli aspetti qualificanti della stessa identità costituzionale

⁴⁶ *Privest Properties Ltd v. Foundation Co. of Canada Ltd.*, 1995, 128 D.L.R. (4th) 577 (B.C.S.C.), *Privest Properties Ltd v. Foundation Co. of Canada Ltd.*, 1997, 143, D.L.R. (4th) 635 (B.C.C.A.), la richiesta di *leave to appeal* alla Corte Suprema è stato respinto (1997) 3 S.C.R.

⁴⁷ B. MCGARVA, *How Privest v. Foundation Company of Canada helped save architects and others from asbestos property claims in Canada*, n. 3, 2016, http://prodemnity.com/wp-content/uploads/Straight-Line-Issue-3_f.pdf.

⁴⁸ *Concerns about Canada's export of chrysotile asbestos and the delayed release of a report about its potential health impacts*, petizione presentata da F. Woodcock, n. 280, 10 giugno 2009.

canadese, sia stata sacrificata sul piano interno e tenuta in nessuna considerazione a livello internazionale⁴⁹.

Già dieci anni fa, tuttavia, le statistiche sembravano contraddire l'efficacia delle politiche canadesi sull'amianto giacché, secondo i dati ufficiali elaborati da *Statistics Canada*, il numero di malati di mesotelioma (un tipo di tumore direttamente correlato all'inalazione di fibre di amianto) ha continuato a crescere negli anni. Tenuto conto che questa malattia impiega tra i venti e i quarant'anni prima di manifestarsi, se le politiche governative fossero state efficaci il suo tasso di incidenza avrebbe dovuto decrescere o quantomeno mantenersi su livelli più stabili⁵⁰. Ciò senza contare che dal 2010 l'*Institut National de Santé Public* (INSPQ) del Quebec, dove l'industria estrattiva e di lavorazione dell'amianto ha raggiunto le proporzioni maggiori tra le Province canadesi, non ha più fornito alcun dato a *Statistics Canada* mentre l'incidenza di questa malattia sembra essere raddoppiata⁵¹.

Limitando fortemente l'utilizzo dell'amianto, il Governo canadese sembra quindi dare, per la prima volta, una risposta convincente per contenere la futura insorgenza di malattie da amianto. Tuttavia, gli effetti sulla salute dei canadesi prodotti dal *Canada Occupational Health and Safety Regulations 2017* e, soprattutto, dal *Prohibition of Asbestos and Products Containing Asbestos Regulations 2018* (artt. 26-34) e dalle modifiche apportate all'*Export of Substances on the Export Control List Regulations* – che entreranno in vigore nel 2019 – potranno essere valutati non prima di quindici anni, corrispondenti al periodo di tempo necessario per sviluppare malattie connesse all'inalazione di fibre di amianto⁵². Ciò che possiamo evidenziare nell'immediato è come i nuovi regolamenti non introducano un divieto assoluto e generalizzato di utilizzo dell'amianto in Canada ma, come si evince dai paragrafi precedenti, introducano dei limiti particolarmente stringenti per quanto ri-

⁴⁹ C.P.H. BITONTI, *Exporting Ignorance: Canada's Opposition to the Regulation of the International Chrysotile Asbestos Trade Under the Rotterdam Convention*, cit., v. nota 9.

⁵⁰ Statistics Canada, 13-10-0111-01, Numbers and rates of new cases of primary cancers (based on the November 2017 CCR tab. file), <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/en/tv.action?pid=1310011101&pickMembers%5B0%5D=2.1&pickMembers%5B1%5D=3.1&pickMembers%5B2%5D=4.60>, riporta come in Canada si sia passati dai 292 casi di mesotelioma nel 2000 ai 510 nel 2016.

⁵¹ A settembre 2018 il Ministro della salute del Quebec ha rivelato che, secondo i dati contenuti nella piattaforma MADO (Maladie à Déclaration Obligatoire) dal 2010 al 2017 i casi di mesotelioma sono quasi raddoppiati (da 45 a 88 ogni anno). Tuttavia, secondo l'INSPQ, i casi sarebbero molti di più visto che il mesotelioma è tra le malattie a dichiarazione obbligatoria da parte dei medici, ma molti di questi non adempiono a questo obbligo, <https://montrealgazette.com/news/local-news/number-of-quebec-cases-of-mesothelioma-nearly-double-since-2010-report> (26 settembre 2018).

⁵² V. l'analisi di impatto della regolazione fornita dal Governo canadese, nella quale con l'entrata in vigore dei nuovi regolamenti si stima una riduzione dell'amianto importato in Canada pari a 4.700 tonnellate. Ciò, sempre secondo le analisi governative, rende ragionevole aspettarsi che i nuovi regolamenti daranno luogo a una diminuzione di cinque casi di cancro ai polmoni o di mesotelioma ogni anno, con un risparmio di denaro pubblico stimato in 1 milione di dollari canadesi ogni caso. I costi complessivi derivanti dall'attuazione dei nuovi regolamenti (costi amministrativi del Governo e delle industrie, oneri per la sostituzione dei prodotti contenenti amianto nelle costruzioni e nel settore automobilistico e perdite in termini di produzione) sono stati invece stimati in 79 milioni di dollari canadesi. Pertanto, nel periodo compreso tra il 2019 e il 2035, i costi sarebbero più che ammortizzati dai risparmi derivanti dalla diminuzione delle persone che sviluppano malattie da amianto e, dunque, che richiedono la fornitura di servizi sanitari e il risarcimento dei danni subiti, <http://gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2018/2018-10-17/html/sor-dors196-eng.html>.

guarda l'importazione, l'esportazione, la vendita, l'uso e la lavorazione dell'amianto e dei prodotti che lo contengono.

Se, in generale, si può affermare che le deroghe previste dai regolamenti federali al divieto di utilizzo dell'amianto sembrano essere state dettate dal buon senso e da un attento bilanciamento tra le esigenze economiche e la tutela della salute, l'unico dubbio riguarda la possibilità accordata alle Province di utilizzare i residui minerari in cui sia presente l'amianto. A questo proposito, infatti, il Governo federale sembra avere ceduto, ancora una volta, alla politica del “*controlled use*” dell'amianto, facendo prevalere gli interessi economici sulla tutela della salute⁵³. Infatti, nonostante tutte e diciotto le *Public Health Regions* del Quebec abbiano esortato il Governo federale a introdurre il divieto di utilizzo dei residui minerari per tutelare la salute dei lavoratori e dei residenti nelle zone in cui questi si trovano, il Governo federale ha comunque ritenuto di non subordinare le economie provinciali – con particolare riguardo al Quebec – a questa ulteriore limitazione⁵⁴.

L'auspicio è che le Province, e prima fra tutte il Quebec, nei prossimi anni sappiano muoversi anch'esse con più decisione lungo la stessa strada appena inaugurata dal Governo federale, relegando definitivamente nel passato l'idea di trarre profitto, a discapito della salute, dall'utilizzo diretto e indiretto dell'amianto.

⁵³ WHO, *Chrysotile Asbestos*, 2014, p. 4, www.who.int/ipcs/assessment/public_health/chrysotile_asbestos_summary.pdf evidenzia come l'aumento del rischio di contrarre malattie cancerogene aumenta anche a bassi livelli di esposizione all'amianto.

⁵⁴ Nell'agosto 2018 la società privata *Alliance Magnésium Inc.* ha ricevuto una contribuzione pubblica di 30,9 milioni di dollari canadesi dal Governo del Quebec quale partner nell'avvio dell'attività di estrazione del magnesio e di altri minerali dai residui minerari, destinati soprattutto al settore automobilistico e aeronautico, <https://www.newswire.ca/fr/news-releases/alliance-magnesium-obtient-une-contribution-financiere-de-309-millions--du-gouvernement-du-quebec-pour-sa-premiere-phase-commerciale-691392941.html> (21 agosto 2018).

La persona in tutte le politiche (sociali): una “scommessa” quasi compiuta?

Presentazione di un Convegno sul “socio-sanitario” e della correlata ricerca

Renato Balduzzi

Non sembra valere per il tema oggetto dei contributi che seguono un noto aforisma di Giovanni Tarello: se volete sapere qualche cosa sulle scatole cinesi, non vi serve leggere le voci “scatola” e “Cina” di una pur buona enciclopedia ...¹

Se invece vogliamo sapere qualche cosa sull’integrazione socio-sanitaria, ci è utile conoscere che cosa sia “assistenza sociale” e che cosa sia “assistenza sanitaria”, e ciò perché il “socio-sanitario”² sta a cavaliere delle due attività e delle due nozioni: l’integrazione socio-

¹ Per parafrasare G. TARELLO, *Sulla teoria (generale) del diritto*, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa, Bologna, il Mulino, 1988, p. 395.

² Che può essere scritto con o senza trattino: a favore del trattino sta la circostanza che, appunto, di vera integrazione si parla (e si “scommette”) e non di mero accostamento o, peggio, giustapposizione (sembra questo l’avviso di E. Rossi, *Il “socio-sanitario”: una scommessa incompiuta?*, in questa *Rivista*, p. 249 nt. 1, che richiama l’autorevole avallo dell’Accademia della Crusca, anche se in proposito più che di avallo sembra trattarsi di una semplice via libera). Per contro, si potrebbe addurre che la Costituzione non soltanto colloca in due articoli diversi l’assistenza sanitaria e quella “sociale” (art. 32, art. 38; ma vedi, in quest’ultimo articolo, il riferimento ai casi di “infortunio, malattia, invalidità”), ma affida a soggetti diversi la relativa regolamentazione (art. 117, comma 3 e, *a contrariis*, comma 4). A ciò si potrebbe replicare sia che la formula costituzionale per cui la Repubblica tutela la salute quale diritto fondamentale dell’individuo e interesse della collettività apre alla considerazione della salute in tutte le politiche e in primo luogo proprio in quelle sociali (e pertanto la fusione potrebbe dirsi una scelta costituzionalmente orientata), sia che gli artt. 32 e 38 hanno pur sempre un “padre” comune, e cioè il secondo comma dell’art. 3 (per uno sviluppo di questa affermazione si v., più oltre, nel testo). Una conferma, a livello normativo, della pluralità di scritture si vedano le rubriche e il testo dell’art. 3-*septies* del d.lgs.

sanitaria è sì, come è stato opportunamente argomentato³, un fatto sociale complesso, ma lo è proprio perché viene a integrare, nel senso di portare a pienezza, e secondo differenti graduazioni⁴, due attività che, se considerate e praticate isolatamente, rischiano di non raggiungere il proprio fine specifico⁵.

Si tratta di due attività che hanno, storicamente e in atto, una loro consistenza autonoma, che risale almeno alla costruzione del regime mutualistico in sanità e che è stata rafforzata dal progressivo superamento del sistema delle “condotte”⁶.

L'evoluzione della nozione di assistenza sanitaria, che comunemente viene ricondotta dapprima al completamento del trasferimento delle funzioni operato con il d.p.r. 616/1977⁷ e poi alla legge 833/1978, ha portato inevitabilmente a una riduzione della distanza tra questa e l'assistenza sociale, di cui la formula costituzionale dell'art. 32 già conteneva il germe primigenio. Tale riduzione della distanza, per molto tempo ostacolata da preoccupazioni, ormai superate⁸, di ordine politico-culturale che paventavano la cosiddetta sanitarizzazione del sociale, ha avuto una forte accelerazione con il d.lgs. 229/1999, nella cui cornice giuridico-culturale noi possiamo ritrovare anche una compiuta definizione dell'integrazione socio-sanitaria⁹.

Gli ostacoli al compimento della scommessa sembrano ora piuttosto da ricercarsi nell'ancora limitata definizione e standardizzazione dei livelli essenziali di assistenza sociale, i cosiddetti Liveas, la cui declaratoria impegna da quasi due decenni gli operatori del settore e i relativi organismi politico-amministrativi. L'assenza, a tutt'oggi, dei Liveas, comporta conseguenze importanti: oltre ad ostacolare la compiuta integrazione tra sociale e sanitario, impedisce la “compiuta attuazione del sistema di finanziamento delle funzioni degli

30 dicembre 1992, n. 502, introdotto dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 (*Integrazione sociosanitaria*) rispetto al d.P.C.M. 14 febbraio 2001 (*Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie*).

³ A. FAVRETTO, *Dalle diadi alle costellazioni: considerazioni sulle pratiche multiprofessionali nei contesti sociosanitari*, in questa *Rivista*, p. 332.

⁴ Ciò, tra l'altro, permette di spiegare l'espressione “prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria”, che viene talora impiegata dalla normativa vigente (art. 3-*septies*, commi 4 e 5, del d. lgs. cit., *retro*, nt. 1; si v. anche il relativo d.P.C.M. ugualmente cit., alla nt. 2).

⁵ Risulta pertanto corretta l'impostazione del menzionato d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, che ha definito le prestazioni sanitarie a rilevanza sociale e quelle sociali a rilevanza sanitaria. *Contra*, A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 87; E. ROSSI, *Il “socio-sanitario”*, cit., p. 5.

⁶ Cfr. F. TARONI, *Politiche sanitarie in Italia. Il futuro del SSN in prospettiva storica*, Roma, Il Pensiero Scientifico Editore, spec. pp. 21 ss.

⁷ Su cui per tutti F. SORRENTINO, P. COSTANZO, F. OLIVA, M. POSARELLI, *Comuni, province, comunità montane nel decreto 616*, Genova, Ecig, 1979.

⁸ Come rileva ancora A. FAVRETTO, *Dalle diadi*, cit., secondo la quale residuerebbero echi di quella distanza soprattutto nelle relazioni tra professionisti.

⁹ Si veda il d.p.r. 23 luglio 1998, *Approvazione del Piano sanitario nazionale per il triennio 1998-2000* (G.U. 10 dicembre 1998, n. 288, suppl.): sul nostro tema, al pari di quanto avvenuto a proposito della nozione di livelli essenziali di assistenza, il Piano fornisce la cornice culturale che permette di apprezzare sino in fondo la portata e il significato delle clausole normative: si rinvia a R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: un nodo costituzionale?*, in AA. VV., *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, Vita e Pensiero, 2011, pp. 60 ss.

enti territoriali previsto dall’art. 119 Cost.”: dunque non soltanto non viene attuata la legge 42/2009, ma ciò si riflette sull’attuazione, *in parte qua*, del medesimo novellato art. 119 Cost.¹⁰. Senza contare che l’assenza dei Liveas rende meno efficaci i pur notevoli sforzi che in questi anni sono stati compiuti sul terreno dell’armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio¹¹.

Ecco perché il cuore della discussione svolta al Convegno di Alessandria e della ricerca che ne è scaturita (e della quale si presentano alcuni dei risultati) consiste proprio nei due filoni dell’approfondimento della nozione di integrazione e nella verifica della possibilità di addivenire a una declaratoria dei livelli essenziali delle prestazioni sociali.

Sotto il primo profilo, sottolineo in particolare la scomposizione analitica della nozione di integrazione¹², che consente di elaborare una tipologia complessa, dove accanto all’integrazione tra le professioni (tra diverse professioni sanitarie e tra professioni sanitarie e professioni non sanitarie) e a quella gestionale, ritroviamo l’integrazione orizzontale tra comuni e quella verticale con province e regioni, nonché, decisiva, l’integrazione comunitaria, cioè le forme di collaborazione tra professionisti e operatori del Terzo settore e del volontariato¹³.

Sotto il secondo profilo sono particolarmente utili le considerazioni e gli schemi volti a precisare l’integrazione operativa tra le prestazioni sanitarie e le corrispondenti prestazioni sociali, così da consentire un sociosanitario avanzato e contemporaneamente offrire lo spunto per una prima individuazione dei Liveas¹⁴.

Come si vede, i contributi raccolti costituiscono un passo avanti nella direzione di una effettiva integrazione tra sanitario e sociale o, per dirla con le autorevoli parole del card. Carlo Maria Martini, tra la prospettiva del *to cure* e quella del *to care*¹⁵: se è vero che la Costituzione italiana distingue tra la salute dell’art. 32 e l’assistenza dell’art. 38, è pur sem-

¹⁰ La citazione tra virgolette è tratta dall’importante sentenza della Corte cost. n. 273 del 2013, red. Mattarella.

¹¹ Sul punto si vedano gli sviluppi di C. CHIAPPINELLI, *Allocazione delle risorse e politiche sociosanitarie: per un approccio giuscontabile nella spesa “costituzionalmente necessaria”*, in questa *Rivista*, pp. 295 ss.

¹² Particolarmente evidente nei contributi di E. ROSSI, *Il “sociosanitario”*, cit., e di G. GRASSO, *Appunti su reddito di inclusione, assistenza socio-sanitaria e vincoli sulle risorse disponibili*, in questa *Rivista*. Quest’ultimo contributo si segnala anche per la sottolineatura, assai opportuna, dell’importanza sistematica del d.lgs. 147/2017, recante l’istituzione del c.d. reddito di inclusione quale “misura unica a livello nazionale di contrasto alla povertà e all’esclusione sociale”: l’integrazione socio-sanitaria è strettamente collegata alla capacità di realizzazione di reti di servizi (come emerge anche dagli interventi di due attenti manager sanitari quali Stefano Manfredi e Franco Toniolo, entrambi pubblicati in questa *Rivista*).

¹³ Sottolineato a proposito di un istituto specifico, ma con considerazioni valide in via generale, da P.M. VIPIANA, *L’affidamento dei servizi socio-sanitari, con particolare riguardo ai servizi di trasporto dei malati*, in questa *Rivista*.

¹⁴ Così efficacemente A. BANCHERO, *Contributi per facilitare l’applicazione degli interventi sociosanitari dei nuovi LEA, integrati con le attività sociali e riflessioni sulla definizione del LEP sociali*, in questa *Rivista*, spec. p. 285.

¹⁵ Si v. C.M. MARTINI, *L’etica dello stato sociale*, intervento alla “Prima conferenza nazionale sulla sanità”, in www.chiesadimilano.it, 24 novembre 1999.

pre vero che esse hanno un “padre” comune, cioè il principio di eguaglianza sostanziale del secondo comma dell’art. 3¹⁶.

¹⁶ Il che rende ancora più urgente la definizione dei livelli essenziali di assistenza sociale, se è vero che i Lep sono, in generale, il nuovo nome del principio di eguaglianza (E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in ID., B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 27 ss.).

Il “socio sanitario”: una scommessa incompiuta?*

Emanuele Rossi**

SOMMARIO: 1. Il “socio sanitario”: significato dell’espressione e sua rilevanza costituzionale. – 2. L’emergere dell’esigenza dell’integrazione socio sanitaria nella normativa nazionale. – 3. “Dove” integrare? L’integrazione socio sanitaria nei vecchi e nuovi Lea. – 4. L’ampliamento delle aree di integrazione nei Lea del 2017. – 5. “Come” integrare? I diversi piani della necessaria integrazione: a) l’integrazione istituzionale. – 6. Segue: b) l’integrazione gestionale e c) professionale. – 7. Segue: d) l’integrazione “comunitaria”. La riforma del terzo settore. – 8. L’integrazione “integrata”, ovvero delle risorse economiche necessarie per un’adeguata integrazione socio sanitaria. – 9. Conclusione. La necessità di una definizione dei Liveas per un’effettiva integrazione socio sanitaria.

1. Il “socio sanitario”: significato dell’espressione e sua rilevanza costituzionale

Per valutare se il socio sanitario abbia costituito una scommessa compiuta o incompiuta, occorre preliminarmente concordare sul significato da attribuire all’espressione in questione¹: un’espressione tanto frequentemente utilizzata (ed anzi sempre di più, come si dirà), quanto indefinita in termini generali, almeno a livello normativo.

* Relazione generale al XV Convegno nazionale di diritto sanitario “Il socio sanitario: una scommessa incompiuta?”, organizzato ad Alessandria, il 16-17 novembre 2017, dal Centro d’eccellenza interdipartimentale per il management sanitario (CEIMS) dell’Università del Piemonte Orientale, con il patrocinio della Società italiana di diritto sanitario (SoDiS). Contributo referato dalla Direzione della Rivista.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nella Scuola superiore Sant’Anna di Pisa, emanuele.rossi@santannapisa.it. L’Autore ringrazia Paolo Addis, Maria Bezze, Luca Gori, Elena Innocenti ed Elena Vivaldi per i preziosi suggerimenti ricevuti.

¹ È nota la diatriba relativa alla corretta redazione dell’espressione, vale a dire se le due parti della stessa debbano essere scritte separate senza trattino di congiunzione (“socio sanitario”), se invece con trattino di congiunzione (“socio sanitario”), se infine unite (“socio sanitario”). Al riguardo, l’Accademia della Crusca (<http://www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica/domande-risposte/trattino-usarlo>) indica che nell’ambito delle “formazioni di aggettivo+aggettivo con riduzione del primo elemento” (come nel caso che ci interessa) è di norma richiesto il trattino

L'espressione, che per la grammatica italiana è una parola composta, indica l'unione tra "sociale" e "sanitario": il primo termine è evidentemente riferito all'"assistenza sociale", il secondo all'"assistenza sanitaria". Queste due forme di assistenza sono finalizzate, entrambe, alla garanzia di diritti fondamentali: mentre tuttavia per la seconda l'equazione è abbastanza semplice e condivisa (assistenza sanitaria = tutela della salute²), per la prima non risulta così evidente ed immediato quale sia il diritto che detta assistenza tende a garantire³, essendo i relativi confini concettuali "sfuggenti proprio per la forte connessione e sovrapposizione che le prestazioni assistenziali hanno con altre attività volte a rimuovere o a prevenire bisogni della persona"⁴. Per tentarne una ricostruzione, si è fatto riferimento al sistema normativo formatosi subito dopo l'unificazione nazionale in tema di beneficenza, con riguardo specifico a quella che fu definita «beneficenza legale» (ovvero «carità legale»), finalizzata a sostenere alcuni soggetti in grave stato di bisogno sanitario od economico, e da affiancare alla «beneficenza istituzionale», di competenza delle Istituzioni pubbliche di beneficenza sorte sulla base di iniziativa privata⁵.

in quanto esso segnala l'accorciamento del primo elemento: e tuttavia "spesso anche questi composti subiscono, grazie all'ampia diffusione, la fusione dei due elementi e sono registrati nei vocabolari in forma unita *come ormai avviene per (...) sociosanitario (...)*" (corsivo aggiunto). Pertanto, nel corso del presente lavoro, utilizzerò l'espressione in forma unita, come anche sembra suggerire l'Accademia della Crusca.

² Quando si afferma "semplice" nel testo, si intende riferirsi all'inequivocità della relazione indicata, mentre, come noto, risulta tutt'altro che semplice la definizione concettuale dell'espressione "diritto alla salute" (su cui, fra i molti, cfr. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, p. 21 ss.; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, Giuffrè, 2006, p. 5394 ss.; A. SIMONCINI - E. LONGO, *Commento all'art. 32 Cost.*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, Utet, 2006, p. 655 ss.; C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, Giappichelli, 2009; A. DI CARLO - E. ROSSI, *Cosa intendiamo per "salute"? La prospettiva del costituzionalista*, in E. STRADELLA (cur.), *Diritto alla salute e alla "vita buona" nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Pisa, Plus, 2011, p. 9 ss.; E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2015; C. CASONATO, *La salute e i suoi confini*, in G. CERRINA FERONI - M. LIVI BACCI - A. PETRETTO (cur.), *Pubblico e privato nel sistema di Welfare*, Firenze, Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, 2017, p. 55 ss. Con riguardo alle ricadute sul concetto di salute derivanti dalla entrata in vigore della recente legge n. 24/2017 v. E. CATELANI - P. MILAZZO, *La tutela della salute nella nuova legge sulla responsabilità medica. Profili di diritto costituzionale e pubblico*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, fasc. 2, p. 305 ss.

³ Sulla nozione e sui confini della materia "assistenza sociale" basti qui richiamare: U. DE SIERVO, *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, p. 445 ss.; F. PIZZOLATO, *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2002; E. FERIOI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, Giappichelli, 2003; L. VIOLINI, *Commento all'art. 38*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 789; A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007; E. VIVALDI, *I servizi sociali e le regioni*, Torino, Giappichelli, 2008; A. MARZANATI, *Il ruolo dello Stato nel policentrismo repubblicano: l'assistenza sociale*, in E. BALBONI (cur.), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, vol. I, Napoli, Jovene, 2008, p. 277 ss.; N. VETTORI, *Persona e diritto all'assistenza*, in *Diritto pubblico*, 1/2016, p. 307 ss.

⁴ A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., p. 5.

⁵ U. DE SIERVO, *Assistenza e beneficenza pubblica*, cit. Rileva B. BARONI, *Linee evolutive dell'integrazione fra servizi socio-sanitari*, in E. BALBONI - B. BARONI - A. MATTIONI - G. PASTORI (cur.), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 48, che l'originaria unitarietà tra assistenza sociale e sanitaria fu spezzata, storicamente, con l'avvento del sistema mutualistico, che introdusse l'assicurazione obbligatoria contro le malattie ad enti di carattere nazionale, mentre i servizi socio-assistenziali continuarono ad essere affidati ai Comuni a titolo di beneficenza pubblica.

L'art. 38 Cost., come noto, fa riferimento all'assistenza sociale come a quel tipo di interventi rivolti agli “inabili al lavoro e a quanti sono sprovvisti dei mezzi necessari per vivere”: da qui una lettura, che possiamo ritenere consolidata, che riferisce detta assistenza alla garanzia di alcuni dei diritti sociali da riconoscere alle persone che vivono situazioni di difficoltà – minorati e inabili al lavoro (come da previsione costituzionale), persone con disabilità, minori, poveri, persone non-autosufficienti, soggetti dipendenti da sostanze o da altri fattori, disoccupati, malati terminali, altri. Cercando di individuare il tratto comune di questo tipo di interventi, si è ritenuto rinvenibile in quella che è stata definita la “libertà dal bisogno”, pur scontando tale espressione evidenti carenze sul piano della precisione definitiva come anche una ineliminabile sovrabbondanza di significato (è infatti evidente che non tutti i “bisogni” della persona potranno essere oggetto di diritti, né tantomeno di prestazioni erogabili dal sistema integrato). Ed al “bisogno” fa riferimento la legge (8 novembre 2000 n. 328) che può essere considerata come diretta attuazione dell'art. 38 Cost.⁶, la quale ha ricompreso nell'ambito degli “interventi e servizi sociali” tutte le attività previste dall'articolo 128 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, il quale, a sua volta, ha stabilito che per “servizi sociali” devono intendersi “tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia”. Confrontando i due ambiti semantici e concettuali indicati (assistenza sanitaria e assistenza sociale) deve notarsi, in prima battuta, una differenza di prospettiva: se infatti con la prima si ha riguardo al *diritto che deve essere garantito* (con i noti problemi relativi alla formulazione “diritto alla salute”, secondo quanto accennato), nella seconda il riferimento è – almeno in linea tendenziale – a *categorie di soggetti meritevoli di interventi* (ed ai quali devono essere garantiti diritti di varia natura, da quelli sanitari a quelli psicologici, di sostegno economico, ecc.).

In tale contesto definitorio, l'espressione “socio sanitario” indica, come detto, l'unione (o, meglio, la *combinazione*) tra le “due assistenze”, e perciò la prospettiva di una cura della persona che combini competenze ed interventi di tipo sanitario con competenze ed interventi di tipo sociale: nella consapevolezza dell'insufficienza di una sola delle due ad offrire una risposta adeguata a tutelare i diritti della persona in relazione a bisogni specifici⁷. In sostanza, si ritiene che sia necessario (o comunque opportuno) un intervento *socio sanitario* quando la sola assistenza sanitaria o quella sociale potrebbero risultare parziali e forse anche inutili, ed al contempo allorché l'integrazione tra le due permetta di

⁶ Cfr. P. CARROZZA - E. ROSSI (ed.), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione* (a cura di E. FERIOLI), Torino, Giappichelli, 2004.

⁷ In tema G. BISSOLO - L. FAZZI (cur.), *Costruire l'integrazione socio sanitaria. Attori, strumenti, metodi*, Roma, Carocci, 2007; B. BARONI, *Linee evolutive*, cit., p. 47 ss.

raggiungere degli obiettivi efficaci di cura. In tal senso, l'integrazione sociosanitaria può essere letta sia nella prospettiva di un migliore e più adeguato livello di cura, che anche in quella di un uso maggiormente efficace delle risorse (concetto espresso con il termine "appropriatezza" con riferimento all'uso delle risorse economiche⁸). Nella prima prospettiva, che ovviamente deve essere ritenuta prevalente nell'ottica della primazia della tutela dei diritti sociali rispetto all'utilizzo delle risorse (economiche e professionali) necessarie⁹, possiamo ritenere dunque che l'obiettivo dell'integrazione sociosanitaria sia costituito dal prendersi cura della persona nelle sue diverse situazioni (ovvero cause) di debolezza, ed offrire opportunità che consentano di trovare soluzione ai suoi diversi stati di bisogno (la "libertà dal bisogno", appunto)¹⁰.

2. L'emergere dell'esigenza dell'integrazione sociosanitaria nella normativa nazionale

Il tema – e la necessità – dell'integrazione sociosanitaria sono stati affermati sul piano istituzionale a livello nazionale dapprima con il Piano sanitario nazionale per il triennio 1998 – 2000¹¹, il quale si proponeva di "percorrere la strada dell'integrazione sociosanitaria" in forza della considerazione che "la complessità di molti bisogni richiede la capacità di erogare risposte fra loro integrate, in particolare sociosanitarie"¹²; e successivamente, a livello normativo, con la legge 30 novembre 1998 n. 419, la quale, all'art. 2, comma 1, lett. n), delegava il Governo a prevedere, nei decreti legislativi attuativi, "tempi, modalità e aree di attività per pervenire ad una effettiva integrazione a livello distrettuale dei servizi sanitari con quelli sociali, disciplinando altresì la partecipazione dei comuni alle spese connesse alle prestazioni sociali", nonché a stabilire principi e criteri per l'adozione di un atto di

⁸ M. CAMPAGNA - A. CANDIDO, *Le residenze sanitarie assistenziali: natura e finanziamento di un modello di integrazione socio-sanitaria*, in *Sanità pubb. e priv.*, n. 6/2006, p. 16 ss.

⁹ In termini espliciti, da ultimo, Corte cost. n. 275 del 2016, in cui si legge che "è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Su tale profilo v. da ultimo, ed anche per riferimenti alla giurisprudenza costituzionale più recente, G. GRASSO, *Equilibrio di bilancio e godimento dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale (gli anni 2015-2017)*, in L. DORATO - G. GRASSO (cur.), *I diritti sociali e del lavoro nella lunga crisi economica*, Napoli, 2017, p. 109 ss.

¹⁰ Sembra ritenere l'integrazione sociosanitaria un'esigenza di rilievo costituzionale, connessa al contenuto "composito" dei diritti che si intendono soddisfare e perciò della complessità della persona, N. VETTORI, *Persona e diritto all'assistenza*, cit., p. 326.

¹¹ Ricorda A. CANDIDO, *Tutela della salute, assistenza sociale e integrazione socio-sanitaria: nozioni essenziali*, in M. GIONCADA - F. TREBESCHI - P. A. MIRRI - A. CANDIDO, *Isee e prestazioni sociali e socio-sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 31, che a partire dagli anni '70 furono istituiti i primi consorzi socio-sanitari di zona cui fu affidato il tema dell'integrazione.

¹² Sottolinea l'importanza del Piano in questione per l'emersione del tema dell'integrazione F. SCARLATTI, *L'integrazione sociosanitaria: la tutela del diritto alla salute e al ben-essere tra riforma costituzionale ed esigenze di governance locale*, in E. ROSSI (cur.), *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*, Padova, 2004, p. 228 ss., cui si rinvia anche per un'analisi del testo.

indirizzo e coordinamento per assicurare livelli uniformi delle prestazioni socio-sanitarie ad alta integrazione sanitaria.

Il relativo decreto legislativo di attuazione (19 giugno 1999 n. 229, contenente la riforma-*ter* della Sanità o “riforma Bindi”), definì le prestazioni rientranti in tale ambito «tutte le attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione», e distinguendo tra prestazioni sanitarie a rilevanza sociale (le attività finalizzate alla promozione della salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento di esiti degenerativi o invalidanti di patologie congenite e acquisite) e prestazioni sociali a rilevanza sanitaria (le attività del sistema sociale che hanno l’obiettivo di supportare la persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute). Come può notarsi, tale definizione riguarda *le prestazioni socio-sanitarie* e non l’integrazione in sé considerata¹³, quasi ad indicare la difficoltà di una definizione concettuale dell’espressione.

Coerentemente con tale obiettivo, lo stesso decreto legislativo propose anche una soluzione di tipo organizzativo nuova («nuova» con riguardo alla normativa di fonte statale, mentre sperimentazioni erano già state avviate in ambito amministrativo ed anche nella legislazione regionale), individuando nel *distretto* la sede in cui assicurare i servizi di assistenza primaria relativi alle attività sanitarie e socio-sanitarie, nonché il coordinamento delle proprie attività con quella dei dipartimenti e dei servizi aziendali, inclusi i presidi ospedalieri, inserendo organicamente tali attività nel Programma delle attività territoriali con cui determinare “le risorse per l’integrazione socio-sanitaria”¹⁴. Infine, veniva attribuito alle regioni il compito di definire le modalità dell’integrazione dell’attività assistenziale delle aziende sanitarie nella programmazione regionale, individuando le forme della collaborazione con le unità sanitarie locali in rapporto alle esigenze assistenziali dell’ambito territoriale di riferimento.

Quasi in contemporanea con la riforma Bindi, la richiamata legge sul sistema integrato di interventi e servizi sociali (legge n. 328 del 2000) indicava, sul versante “sociale”, la medesima necessità di integrazione, stabilendo che la programmazione degli interventi e dei servizi sociali debba realizzarsi (art. 3) in “coordinamento ed integrazione con gli interventi sanitari” (oltre che con quelli dell’istruzione nonché con le politiche attive di formazione, di avviamento e di reinserimento al lavoro), ed affidando alle regioni (art. 8) la disciplina dell’integrazione degli interventi sociali, con particolare riferimento all’attività sanitaria e socio-sanitaria ad elevata integrazione sanitaria. Anche l’art. 22 indica l’esigenza che il sistema integrato di interventi e servizi sociali sia realizzato in modo da “ottimizzare

¹³ Come sottolinea A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 87.

¹⁴ Rileva che quelle in questione siano soltanto “disposizioni orientative”, anziché “una strutturazione puntuale dei raccordi istituzionali in materia socio-sanitaria”, F. SCARLATTI, *L’integrazione socio-sanitaria*, cit., p. 227.

l'efficacia delle risorse, impedire sovrapposizioni di competenze e settorializzazione delle risposte”.

Se dunque sul piano della previsione astratta il sociosanitario costituisce una forma di intersezione tra le due “assistenze” indicate, nondimeno nella realtà sembra doversi osservare una tendenza a ricondurre le prestazioni e gli interventi relativi a tale ambito nel contesto complessivo della tutela della salute (e quindi della sfera organizzativa “sanitaria”), sul presupposto – evidentemente – della pervasività del concetto di “salute” e della ricomprensione in esso di tutto ciò che ha a che fare con il “benessere” della persona: processo definito con il termine di “sanitarizzazione” e al quale ha indubbiamente contribuito la stessa giurisprudenza costituzionale, come in altre occasioni si è cercato di sottolineare¹⁵. L'art. 3 *septies* del d. leg. 30 dicembre 1992 n. 502, come modificato dall'art. 3 del decreto legislativo n. 229/1999 sopra indicato, aveva anche definito il riparto tra Comuni e Asl degli oneri relativi (in conseguenza della connessa attribuzione di responsabilità nell'organizzazione dei relativi servizi), attribuendo a carico delle aziende sanitarie le prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria (da ricomprendere nei livelli essenziali di assistenza *sanitaria*); alla competenza dei comuni le prestazioni sociali a rilevanza sanitaria e demandando alle regioni la determinazione, sulla base dei criteri definiti mediante un apposito atto di indirizzo e coordinamento, del finanziamento delle prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, sulla base di quote capitarie correlate ai livelli essenziali di assistenza. Peraltro stabilendo che tali ultime prestazioni sono “di competenza delle aziende unità sanitarie locali ed a carico delle stesse, sono inserite in progetti personalizzati di durata medio/lunga e sono erogate in regime ambulatoriale, domiciliare o nell'ambito di strutture residenziali e semiresidenziali”.

L'Atto di indirizzo e coordinamento previsto dal decreto legislativo, emanato con D.P.C.M. 14 febbraio 2001, ha confermato la tripartizione delle prestazioni *integrate* già prevista dal decreto legislativo indicato, distinguendo tra *a*) prestazioni sanitarie a rilevanza sociale (di competenza delle Asl e a carico delle stesse); *b*) prestazioni sociali a rilevanza sanitaria; *c*) prestazioni ad elevata integrazione sanitaria (anch'esse erogate dalle Asl e a carico del servizio sanitario nazionale), specificando che per queste ultime vengono in considerazione esigenze di particolare rilevanza terapeutica e intensità della componente sanitaria, come nel caso di anziani, disabili, malati psichiatrici e tossicodipendenti¹⁶. Lo stesso Atto di indirizzo ha altresì precisato che le prestazioni sociali a rilevanza sanitaria sono di competenza

¹⁵ E. ROSSI, *Sanità e assistenza sociale nella giurisprudenza costituzionale (e non solo): due “materie” difficilmente separabili*, in E. CATELANI - R. TARCHI (CUR.), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, p. 189 ss. Il riferimento alla giurisprudenza costituzionale riguarda, in particolare, le sentenze n. 209 e 299 del 2010.

¹⁶ Occorre ricordare che sia il D.P.C.M. in questione che quello per la definizione dei Lea sono atti amministrativi riferiti a disposizioni legislative riguardanti la materia *sanitaria*, e che pertanto l'esigenza primaria che essi tendono a soddisfare è la definizione dei presupposti, dei limiti e dei contenuti dell'intervento del Servizio sanitario nazionale: così B. BARONI, *Linee evolutive dell'integrazione*, cit., p. 65.

dei comuni, ma esse “sono prestate con partecipazione alla spesa, da parte dei cittadini, stabilita dai comuni stessi”¹⁷.

Oltre all’aspetto delle competenze istituzionali e dei relativi oneri economici, l’Atto di indirizzo ha dettato disposizioni sia in ordine alla programmazione degli interventi socio-sanitari complessivamente intesi (stabilendo che essa debba ispirarsi a principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, nonché di continuità assistenziale) che anche in relazione all’organizzazione delle prestazioni e dei servizi: a tale ultimo riguardo l’art. 4, comma 3, ha precisato che “Per favorire l’efficacia e l’appropriatezza delle prestazioni socio-sanitarie necessarie a soddisfare le necessità assistenziali dei soggetti destinatari, l’erogazione delle prestazioni e dei servizi è organizzata di norma attraverso la valutazione multidisciplinare del bisogno, la definizione di un piano di lavoro integrato e personalizzato e la valutazione periodica dei risultati ottenuti”.

Il punto critico di tale articolazione è legato alla ripartizione della spesa, soprattutto con riguardo alle *prestazioni sociali a rilevanza sanitaria* per le quali, come detto, i costi devono essere ripartiti tra amministrazione regionale (cui compete la quota sanitaria)¹⁸, Comuni e/o assistiti (ai quali spetta la quota sociale, diversamente ripartita in relazione alla situazione reddituale e patrimoniale di questi ultimi¹⁹). Tale aspetto ha provocato una consistente conflittualità in sede giurisdizionale²⁰, ove si è formato un indirizzo che tende a considerare prevalente la rilevanza sanitaria ogni qual volta insieme a prestazioni socio-assistenziali siano erogate anche prestazioni sanitarie: e tale tendenza è stata ritenuta dalla Corte di cassazione espressione del “diritto vivente”²¹. Più di recente, la stessa Suprema Corte ha ritenuto che ove le attività socio-assistenziali siano dirette in via prevalente alla tutela della salute del cittadino, esse devono essere poste a totale carico del Servizio sa-

¹⁷ Tale previsione è stata poi confermata, in termini generali, anche successivamente: cfr. B. VIMERCATI, *La compartecipazione dell’utente alla spesa socio-sanitaria: una ricostruzione alla luce del nuovo d.p.c.m. n. 159 del 2013*, in *Regioni*, n. 5-6/2014, p. 1111 ss.

¹⁸ Questo aspetto si collega strettamente con quello, di cui subito si dirà, dei livelli essenziali, la cui la determinazione è di competenza del legislatore statale, ma che devono essere finanziati dalle amministrazioni regionali: motivo per cui, come recentemente affermato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 169 del 2017) “la fisiologica dialettica tra questi soggetti deve essere improntata alla leale collaborazione”, la quale presuppone “un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria, tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell’intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale. Ciò al fine di garantire l’effettiva programmabilità e la reale copertura finanziaria dei servizi, la quale – data la natura delle situazioni da tutelare – deve riguardare non solo la quantità ma anche la qualità e la tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie”.

¹⁹ Ripartizione confermata anche da Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 886, richiamata da A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma*, cit. e da M. GIONCADA - F. TREBESCHI - P. A. MIRRI - A. CANDIDO, *Isee e prestazioni sociali e socio-sanitarie. Compartecipazione, riparto degli oneri, contenzioso*, Rimini, Maggioli, 2015, p. 34.

²⁰ Per una panoramica della giurisprudenza cfr. C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2011, fasc. 4, p. 3371 ss.

²¹ Cass., sez. I, 22 marzo 2012, n. 4558.

nitario nazionale²²; ed analogamente si orienta la giurisprudenza di merito²³. Anche nella giurisprudenza amministrativa si è recentemente ritenuto che la previsione dei Lea dell'area dell'integrazione sociosanitaria coincide con il godimento del nucleo irriducibile della tutela della salute²⁴.

Merita considerare, con riguardo a tale indirizzo giurisprudenziale da ritenere consolidato – seppur riferito a dimensioni di “mera” ripartizione della spesa –, che esso conferma la tendenza sopra indicata, e cioè che sebbene sul piano della tutela costituzionale non emergano elementi in grado di differenziare i diritti garantiti dai due tipi di assistenza (sanitaria e sociale), tuttavia se si analizza la legislazione attuativa delle disposizioni costituzionali, come anche la prassi amministrativa e la giurisprudenza, si ricava la consapevolezza che il diritto alla salute sia da ritenere (o, meglio sia ritenuto) “più fondamentale” del diritto all'assistenza, in una concezione di «benessere» dell'individuo che supera le tradizionali ripartizioni di cui le enunciazioni dei diritti (anche costituzionali) sono espressione²⁵.

3. “Dove” integrare? L'integrazione sociosanitaria nei vecchi e nuovi Lea

Definiti i confini complessivi della “materia” assistenza sociosanitaria, è necessario a questo punto volgere lo sguardo sugli ambiti nei quali essa si deve esplicare. Un utile “campo di osservazione” può essere individuato nei “livelli essenziali delle prestazioni”, perché è indubbio che in essi debbano essere ravvisati gli ambiti principali nei quali integrare le prestazioni sociali e quelle sanitarie. Tuttavia, come ben noto, al momento possiamo analizzare soltanto i livelli essenziali sanitari²⁶, perché quelli sociali (che sarebbero oltremodo

²² Cass., sez. lav., 9 novembre 2016, n. 22776. Precedenti giurisprudenziali di tale indirizzo possono rinvenirsi nelle sentenze Cass. 20 novembre 1996, n. 10150, in http://www.edscuola.it/archivio/norme/varie/sencas_1015096.htm; e Cass. 25 agosto 1998, n. 8436.

²³ In tal senso, e per ulteriori puntuali riferimenti giurisprudenziali, v. A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma*, cit., p. 92 ss.

²⁴ TAR Piemonte, sez. II, 29 gennaio 2015, n. 157.

²⁵ E. ROSSI, *Sanità e assistenza sociale*, cit., p. 189 ss. Va ricordato, peraltro, che le sezioni unite della Cassazione (sentenza n. 1003/1993) avevano osservato che “mentre le prestazioni sanitarie sono garantite – a mezzo del Servizio sanitario nazionale – come vero e proprio diritto soggettivo, le attività socio-assistenziali sono rimesse all'organizzazione ed alla discrezionalità delle Regioni e degli Enti locali”: affermazione che riprendeva la tesi sostenuta, con riferimento all'art. 38 Cost., da V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 115 ss., per il quale la disposizione costituzionale, per come formulata, non attribuiva un diritto soggettivo ma si doveva intendere come finalizzata a porre un obiettivo al legislatore ordinario.

²⁶ Su cui v. R. BALDUZZI (CUIF.), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004; C. TUBERTINI, *Pubblica Amministrazione e livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, Bologna University Press, 2008.

utili nella prospettiva che stiamo valorizzando²⁷) non sono mai stati adottati (sebbene qualche traccia di essi possa ricavarsi dalla legge quadro del 2000²⁸ e malgrado gli apprezzabili tentativi della Corte costituzionale di ascrivere specifici interventi statali all’ambito dei livelli essenziali di assistenza²⁹). La stessa Corte ne ha sollecitato peraltro l’adozione anche recentemente (sentenza n. 65 del 2016), sottolineandone la necessità per la programmazione delle spese da parte delle regioni: a detta della Corte, infatti, essi offrirebbero alle Regioni “un significativo criterio di orientamento nell’individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse impiegate, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente – non sarebbe ulteriormente comprimibile”³⁰.

Gli unici Lea che possiamo dunque considerare sono dunque quelli *sanitari*, definiti per la prima volta con D.P.C.M. 29 novembre 2001 e recentemente ri-disciplinati mediante il D.P.C.M. 12 gennaio 2017, che individuano le prestazioni e i servizi che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a garantire a tutti i cittadini, o gratuitamente oppure attraverso una quota di partecipazione alla spesa³¹.

Entrambi questi atti si muovono su una linea definitoria diversa rispetto a quella adottata dalle disposizioni legislative sopra richiamate: se infatti queste ultime avevano definito le tipologie di prestazioni in relazione alla diversa intensità che in esse viene ad assumere la componente sanitaria rispetto a quella sociale (o viceversa), la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni, operata in primo luogo con il D.P.C.M. del 2001, viene realizzata mediante il riferimento a tipologie di soggetti (ovvero a condizioni di bisogno) cui tali prestazioni devono essere assicurate.

All’interno di tale logica complessiva, già il D.P.C.M. del 2001 ribadiva la necessità dell’integrazione socio-sanitaria, specificando che – con riguardo ad essa – “la precisazione delle linee prestazionali, a carico del Servizio Sanitario Nazionale, dovrà tener conto dei diversi livelli di dipendenza o non autosufficienza”, e che “questa specifica area erogativa merita una trattazione specifica (...) per il rilievo che assume, all’interno delle politiche destinate al sostegno e allo sviluppo dell’individuo e della famiglia e alla razionalizzazione dell’of-

²⁷ Opportunamente rileva M. G. LA FALCE, *L’attività di affiancamento delle regioni in materia socio-sanitaria: i piani di rientro*, in E. BALBONI (cur.), *La tutela multilivello*, cit., p. 663, che i Liveas e i Lea devono avere “un trattamento e una disciplina coerente simmetrica ed equilibrata, frutto di una strategia di integrazione, che eviti uno squilibrio nei confronti della parte sociale, in quanto il sistema integrato è frutto di servizi e prestazioni economiche che si integrano in percorsi attivi che ottimizzano le risorse e impediscono sovrapposizioni”.

²⁸ In tal senso, ad esempio, G. MELONI, *I livelli essenziali nel settore dell’assistenza*, in G. BERTI - G. DE MARTIN (cur.), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 271 ss. (per il quale la legge del 2000 definisce detti livelli essenziali mediante l’individuazione di meri ambiti di intervento che dovranno essere riempiti di contenuti specifici mediante una combinazione di diversi atti rimessi alla competenza di Stato, regioni ed enti locali); F. PIZZOLATO, *La procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in E. BALBONI (cur.), *La tutela multilivello*, cit., p. 337.

²⁹ Come ad es. nel caso della c.d. *social card* di cui alla sentenza Corte cost. n. 10 del 2010.

³⁰ Anche la sentenza n. 169 del 2017 sottolinea l’“attesa di una piena definizione dei fabbisogni LEA”.

³¹ Per una prima analisi dei LEA del 2017 v. M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in *Federalismi*, 2017.

ferta di servizio” (Allegato 3, lettera *d*)), rinviando nello specifico al D.P.C.M. del 14 febbraio 2001 sulle prestazioni sociosanitarie, sopra richiamato.

Pochi anni dopo l’approvazione dei Lea sanitari è emersa nel dibattito pubblico l’esigenza di una loro revisione³²: il Patto della salute 2014 – 2016 ne prevedeva l’aggiornamento entro il 31 dicembre 2014 (art. 1, comma 3); tale previsione è stata “ratificata”, insieme alla restante parte del Patto, dalla legge n. 190/2014 (la legge di stabilità 2015). La successiva legge di stabilità (quella per il 2016: legge n. 208/2015) ha previsto un incremento di spesa per la revisione dei Lea ed ha definito le possibili procedure di revisione. I lavori di revisione sono iniziati nei primi mesi del 2014 e si sono conclusi con l’emanazione del richiamato D.P.C.M. 12 gennaio 2017, che ha definitivamente superato (con l’abrogazione espressa) il precedente atto del 2001. Il nuovo decreto, come è stato rilevato, non costituisce un mero aggiornamento del testo del 2001, bensì “una riscrittura totale, secondo una nuova concezione di assistenza sanitaria”³³: affermazione che forse appare eccessiva, perlomeno sul versante delle prestazioni sociosanitarie, ma che nondimeno esprime il senso della profonda revisione cui sono stati sottoposti i Lea del 2001.

In ogni caso, merita analizzare quali differenze emergano tra i due testi, con specifica attenzione agli ambiti di intervento di interesse del presente intervento, ovvero all’ambito delle prestazioni sociosanitarie.

In realtà la comparazione tra i due testi non è agevole, in quanto essi risultano costruiti con modalità redazionali differenti, ed anche i termini utilizzati non risultano omogenei. Così, il D.P.C.M. del 2001 (come risultante dal testo pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*, serie generale, n. 33, del 8 febbraio 2002) distingueva i seguenti macro-livelli di assistenza: “Assistenza territoriale ambulatoriale e domiciliare”, “Assistenza territoriale semi-residenziale”, “Assistenza territoriale residenziale” (oltre all’“Assistenza penitenziaria”). Al contrario, l’atto del 2017 distingue le prestazioni sociosanitarie rientranti nei Lea tra quelle *a*) “domiciliari” da quelle *b*) “territoriali”, *c*) “semiresidenziali” e *d*) “residenziali”.

Come può notarsi, nell’atto del 2017 non compare più il riferimento all’assistenza *ambulatoriale*, che forse deve ritenersi ricompresa tra le prestazioni *territoriali*: in ogni caso ciò evidenzia come il raffronto non sia agevole ed immediato. L’aspetto tuttavia che a noi maggiormente interessa esaminare riguarda quali prestazioni “nuove” vengano ricomprese nei nuovi Lea, e quali invece scompaiano rispetto all’atto del 2001. Anche questo esame non è agevole; e tuttavia proviamo ad operare un raffronto, avvertendo preliminarmente di possibili errori o incomprensioni.

³² G. VICARELLI, *I nuovi LEA: passaggio storico o illusione collettiva?*, in *Politiche sociali*, n. 3/2017, p. 518, ricorda come per un periodo di tempo i governi in carica hanno “sospeso ogni attività di coordinamento da parte del Ministero della Salute in un’ottica di esasperata esaltazione del federalismo fiscale”, e che l’atto del 2017 riprende in gran parte il lavoro compiuto con il “DPCM Prodi” del 2008 (peraltro mai adottato).

³³ M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l’equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, p. 7.

4. L’ampliamento delle aree di integrazione nei Lea del 2017

In primo luogo occorre rilevare i cambiamenti relativi agli aspetti generali della integrazione socio sanitaria. I Lea del 2017 prevedono che “il SSN garantisce l’accesso unitario ai servizi sanitari e sociali, la presa in carico della persona e la valutazione multidimensionale dei bisogni, sotto il profilo clinico, funzionale e sociale” (art. 21, comma 2). Il riferimento alla valutazione *multidimensionale* dei bisogni sostituisce la previsione, contenuta nel D.P.C.M. del 2001, alla valutazione *multidisciplinare*: per valutazione multidimensionale deve intendersi quella finalizzata ad accertare “la presenza delle condizioni cliniche e delle risorse ambientali, familiari e sociali, include quelle rese disponibili dal Sistema dei servizi sociali, che possano consentire la permanenza al domicilio della persona non autosufficiente”. Il mutamento terminologico si dovrebbe spiegare (ed apprezzare) in relazione al passaggio dal riferimento alle competenze professionali necessarie per compiere una valutazione integrata al riferimento, invece, alle dimensioni personali che devono essere considerate ed indagate: se così è, la differente formulazione esprime un significativo passo in avanti, perché incentra l’obiettivo dell’intervento sulla persona da assistere più che su coloro ai quali è attribuita la responsabilità dell’assistenza.

Sulla base della valutazione indicata, deve essere predisposto il Progetto di assistenza individuale (PAI), nel quale definire i bisogni terapeutico – riabilitativi e assistenziali della persona: esso “è redatto dall’unità di valutazione multidimensionale, con il coinvolgimento di tutte le componenti dell’offerta assistenziale sanitaria, socio sanitaria e sociale, del paziente e della sua famiglia”. Anche in relazione a tale previsione deve essere sottolineata la conferma dello strumento e al contempo la sua ridefinizione: il D.P.C.M. del febbraio 2001 (quello relativo all’integrazione socio sanitaria) faceva infatti riferimento alla “definizione di un piano di lavoro integrato e personalizzato”, ed il mutamento di denominazione (da “*piano di lavoro*” a “*progetto di assistenza*”) rivela, analogamente a quanto detto sulla valutazione, l’evidente volontà di rovesciare la prospettiva, ovvero di privilegiare la finalità dello strumento (un “*progetto di assistenza*”) rispetto alla predisposizione delle professionalità e degli interventi da realizzare (il “*piano di lavoro*”).

Per quanto riguarda le prestazioni che richiedono “l’erogazione congiunta di attività e prestazioni afferenti all’area sanitaria e all’area dei servizi sociali”, esse sono definite – come nel 2001 – in relazione a categorie di soggetti destinatari: può essere utile, al riguardo, un confronto tra le categorie previste nei Lea del 2007 rispetto a quanto previsto in quelli del 2001, anche al fine di individuare le aree nelle quali l’integrazione socio sanitaria viene ritenuta necessaria.

In primo luogo, il testo del 2001 faceva riferimento all’“attività sanitaria e socio sanitaria alle donne, ai minori, alle coppie e alle famiglie a tutela della maternità per la procreazione responsabile e l’interruzione della gravidanza”: attività che viene confermata nel 2017 (art. 24), ma sensibilmente ampliata e specificata non tanto nella dimensione soggettiva (rimangono gli stessi destinatari) quanto invece in quella oggettiva (ad esempio compare

la “prevenzione e terapia delle malattie sessualmente trasmissibili, prevenzione e diagnosi precoce dei tumori genitali femminili”, nonché la “consulenza, il supporto psicologico e l’assistenza per problemi di sterilità e infertilità e per procreazione medicalmente assistita” ed anche la “prevenzione, individuazione precoce e assistenza nei casi di violenza di genere e sessuale”; nonché anche, per i minori, la “consulenza e assistenza a favore degli adolescenti, anche in collaborazione con le istituzioni scolastiche”, ovvero, più in generale, il “supporto psicologico e sociale a nuclei familiari in condizioni di disagio”). Tutte queste prestazioni erano “ambulatoriali e domiciliari” nel 2001 e sono diventate “distrettuali, domiciliari, territoriali ad accesso diretto” nel 2017.

Un secondo gruppo di destinatari era individuato, nel 2001, con riferimento “alle persone con problemi psichiatrici e/o delle famiglie”; nel 2017 lo stesso gruppo viene ridefinito con riguardo “alle persone con disturbi mentali”, cui devono essere garantite prestazioni sia negli ambiti “distrettuali, domiciliari, territoriali” (art. 26) che attraverso strutture residenziali e semi-residenziali (art. 33).

Per quanto riguarda i disabili, i Lea del 2001 garantivano l’“attività sanitaria e socio-sanitaria nell’ambito di programmi riabilitativi a favore di disabili fisici, psichici e sensoriali”, da erogarsi a livello domiciliare e ambulatoriale; mentre i Lea 2017 distinguono due tipi di prestazioni riguardanti tali soggetti: i “trattamenti riabilitativi mediante l’impiego di metodi e strumenti basati sulle più avanzate evidenze scientifiche, a carattere intensivo, estensivo e di mantenimento alle persone di ogni età con disabilità fisiche, psichiche e sensoriali” da riconoscere alle “persone di ogni età con disabilità fisiche, psichiche e sensoriali” nell’ambito dell’assistenza semiresidenziale e residenziale; mentre “alle persone con disabilità complesse” deve essere assicurato, nell’ambito dell’assistenza distrettuale e territoriale ad accesso diretto, “lo svolgimento di un programma terapeutico e riabilitativo individualizzato differenziato per intensità, complessità e durata”, che include prestazioni anche a livello domiciliare.

Da sottolineare è poi l’evoluzione delle prestazioni riguardanti i “tossicodipendenti e/o le famiglie”, così definiti dal D.P.C.M. del 2001, riguardanti sia l’ambito di intervento domiciliare che quello semi-residenziale e residenziale (ma le prestazioni per le famiglie erano limitate all’ambito domiciliare); nel 2017 si fa invece riferimento “alle persone con dipendenze patologiche, inclusa la dipendenza da gioco d’azzardo, o con comportamenti di abuso patologico di sostanze” cui devono essere garantite sia prestazioni distrettuali, domiciliari e territoriali (art. 28) come anche interventi nell’ambito dell’assistenza semiresidenziale e residenziale (art. 35). Significativo è l’ampliamento della nozione di dipendenza, non più (soltanto) riferita all’uso di sostanze ma estesa anche al gioco d’azzardo: ciò è conseguente a quanto previsto nell’art. 5, comma 2, del decreto-legge 13 settembre 2012 n. 158, convertito in legge 8 novembre 2012 n. 189, che imponeva l’aggiornamento dei “livelli essenziali di assistenza con riferimento alle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette da ludopatia, intesa come patologia che caratterizza i soggetti affetti da sindrome da gioco con vincita in denaro, così come definita dall’Organizzazione mondiale della sanità”. Detta estensione dei LEA è rilevante anche in relazione al tipo di intervento: a differenza della dipendenza da sostanze, infatti, quella da gioco

d'azzardo richiede certamente un intervento maggiormente spostato sul versante sociale rispetto a quello sanitario. Deve inoltre rilevarsi l'evoluzione della previsione generale: scompare il riferimento a “tossicodipendenti”, che nel D.P.C.M. del 2001 erano specificati quali “persone dipendenti da alcool e da droga”; nel 2017, come detto, vi è un riferimento generico a “sostanze”.

In entrambi i testi compaiono inoltre prestazioni riguardanti quelli che possiamo definire i “malati terminali”, sebbene con alcuni distinguo che forse è necessario operare. Il D.P.C.M. del 2001 prevedeva l'obbligo di “attività sanitaria e socio-sanitaria a favore di malati terminali”, sia in ambito domiciliare e ambulatoriale che attraverso strutture residenziali. Il D.P.C.M. del 2017, invece, prevede interventi di tipo residenziale, nell'ambito della rete locale di cure palliative, “alle persone nella fase terminale della vita affette da malattie progressive e in fase avanzata, a rapida evoluzione e a prognosi infausta” (art. 31): credo di poter dire che si tratti della stessa tipologia di pazienti, con una formulazione meno cruda (perlomeno nella forma) utilizzata dall'atto del 2017. Ciò che cambia è invece il tipo di prestazione: perché il D.P.C.M. del 2017 stabilisce, come detto, che questi siano interventi (soltanto) di tipo residenziale, mentre quello del 2001 li garantiva anche a livello domiciliare e ambulatoriale. Però non è così sicuro che questa differenza sia reale, perché l'art. 23 del D.P.C.M. del 2017 prevede il diritto a “cure domiciliari palliative (...) a favore di persone affette da patologie ad andamento cronico ed evolutivo per le quali non esistono terapie o, se esistono, sono inadeguate o inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita”. Si tratta degli stessi soggetti destinatari della previsione di cui all'art. 31 oppure le cure domiciliari devono essere garantite a soggetti afflitti da malattie quali la SLA, per le quali non esistono terapie efficaci ma nondimeno non sono destinate, almeno nell'immediato, ad un esito infausto? Ed invece l'art. 31 si riferisce ai malati terminali di cui al D.P.C.M. del 2001? Se fosse vera questa seconda linea interpretativa, ciò significherebbe che a differenza di quanto avveniva con l'atto del 2001 a tali soggetti non sono più assicurate cure domiciliari ma soltanto residenziali.

Il D.P.C.M. del 2001 prevedeva poi l'attività sanitaria e socio-sanitaria rivolta alle persone affette da AIDS, da assicurare sia a livello domiciliare che ambulatoriale, sia con servizi residenziali come anche con servizi semi-residenziali; nel 2017 si conferma quanto peraltro già previsto dalla legge 5 giugno 1990 n. 135, garantendo “alle persone con infezione da HIV/AIDS le prestazioni sanitarie e socio-sanitarie ospedaliere, ambulatoriali, domiciliari, semiresidenziali e residenziali previste dalla medesima legge e dal Progetto obiettivo AIDS dell'8 marzo 2000”.

Fin qui le categorie di soggetti sulle quali è possibile operare una qualche comparazione; altre categorie sono invece più difficilmente rintracciabili o nell'atto del 2001 o in quello del 2017, ad indicare una più marcata evoluzione della disciplina.

Così nel 2001 era garantita tra i livelli essenziali l'attività sanitaria e socio-sanitaria nell'ambito di programmi riabilitativi a favore di anziani (genericamente indicati: peraltro il D.P.C.M. 14 febbraio 2001, richiamato dal testo in esame, era riferito a “soggetti non autosufficienti non curabili a domicilio, tramite servizi a ciclo diurno, compresi interventi e servizi di sollievo”), mentre nel testo del 2017 questa attività non sembra più prevista come livello

essenziale. E tuttavia lo stesso decreto prevede, all'art. 22, percorsi assistenziali a domicilio a favore delle "persone non autosufficienti e in condizioni di fragilità, con patologie in atto o esiti delle stesse", in cui non possono certamente essere ricompresi tutti gli anziani, ma (soltanto) quelli tra essi che versano in condizioni di non-autosufficienza (oltre a coloro che versano in analoghe condizioni, pur non essendo anziani). Al contempo, si deve registrare la previsione nuova riferita alle persone non-autosufficienti, non contenuta nel testo del 2001 (se non con riguardo ai disabili e, come detto, indirettamente agli anziani), come quella riguardante le persone in condizioni di fragilità: definizione certo non precisa, e che lascia ampi margini di discrezionalità in sede applicativa. Va rilevato in generale, con riferimento alla previsione attualmente vigente, che tali persone non sono destinatarie di prestazioni in quanto tali, ma soltanto in presenza di, o subito dopo, uno stato patologico. A quest'ultima condizione è anche soggetta la garanzia assicurata dall'art. 30, comma 1, lett. a), relativamente a servizi residenziali e semi-residenziali finalizzati a erogare "trattamenti estensivi di cura e recupero funzionale a persone non autosufficienti con patologie che, pur non presentando particolari criticità e sintomi complessi, richiedono elevata tutela sanitaria", mentre la tutela di cui alla lettera successiva è riferita a persone non-autosufficienti in generale, e perciò indipendentemente da stati patologici ("trattamenti di lungoassistenza, recupero e mantenimento funzionale, ivi compresi interventi di sollievo per chi assicura le cure, a persone non autosufficienti"). Possiamo dunque ritenere che il D.P.C.M. del 2017 prenda in considerazione una categoria di soggetti (i non auto-sufficienti) che nel 2001 non erano stati direttamente previsti.

Un'altra estensione della garanzia dei livelli essenziali può essere riscontrata a vantaggio di coloro che l'art. 25 definisce "minori con disturbi in ambito neuropsichiatrico e del neurosviluppo", cui devono essere assicurate tutele nell'ambito dell'assistenza distrettuale, domiciliare e territoriale ad accesso diretto. Anche tale categoria non risulta considerata nei livelli del 2001.

Si può dunque ritenere, conclusivamente a questa parte, che con i LEA del 2017 siano state ampliate le categorie di soggetti destinatari di prestazioni sociosanitarie da ricomprendersi tra i livelli essenziali, sia con riferimento a nuove forme di dipendenza (quella da gioco d'azzardo) che con riguardo a fattispecie non considerate nei precedenti livelli del 2001 (in particolare, le persone non auto-sufficienti e i minori con disturbi in ambito neuropsichiatrico e del neurosviluppo).

Tutte le categorie sin qui elencate sono destinatarie di interventi sanitari e sociali: in molte disposizioni del D.P.C.M. si precisa infatti che le cure (sanitarie) "sono integrate da interventi sociali in relazione agli esiti della valutazione multidimensionale", ovvero "in relazione al bisogno socioassistenziale emerso dalla valutazione"; mentre in altre il tipo di assistenza viene definito, in generale, come "assistenza sociosanitaria".

Non si intendono certo enfatizzare le previsioni contenute nel decreto in questione, ben sapendo come si tratti di "formulazioni linguistiche" che non soltanto garantiscono ben poco (specie con riguardo alle prestazioni sociali e sociosanitarie) di per sé, ma che in taluni specifici casi sono espresse con formulazioni tali da impedire una definizione puntua-

le, come anche ha di recente rilevato il Consiglio di Stato³⁴, così lasciando ampio margine alla discrezionalità della Regione e limitando il margine di intervento del giudice³⁵.

Al contempo, vanno rilevati anche i limiti dell'intervento del 2017 *in subiecta materia*: in particolare, si deve osservare che esso non tiene in adeguata considerazione, con riguardo alle risorse economiche, l'incremento del bisogno di servizi socio sanitari da parte della popolazione anziana, non essendo previste risorse aggiuntive per il Capo IV (assistenza socio sanitaria tramite servizi): anche il riparto degli oneri tra sanità e sociale è rimasto sostanzialmente inalterato, con le prevedibili conseguenze cui sopra si è fatto cenno.

5. “Come” integrare? I diversi piani della necessaria integrazione: a) l'integrazione istituzionale

Come da tempo si è rilevato, e come anche gli atti di pianificazione nazionale hanno previsto, l'integrazione socio sanitaria presuppone una coordinazione di interventi su diversi piani, i principali dei quali possono essere sintetizzati utilizzando le definizioni proposte dal Piano sanitario 1998 – 2000³⁶.

Vi è, in primo luogo, il piano dell'*integrazione istituzionale*, che richiede la “collaborazione fra istituzioni diverse (aziende sanitarie, amministrazioni comunali, ecc.) che si organizzano per conseguire comuni obiettivi di salute”³⁷. Tale collaborazione può realizzarsi attraverso gli strumenti giuridici ordinari (convenzioni, accordi di programma) e riguarda, come si è detto, le realtà istituzionali che sono chiamate a integrare le loro responsabilità (e quindi le loro competenze) al fine di ottenere migliori risultati in termini di salute dei cittadini.

Ad un secondo livello si colloca l'*integrazione gestionale*, che riguarda ed interessa il piano della struttura operativa: essa si realizza pertanto in senso generale nell'ambito del distretto, e più specificamente nei singoli servizi, “individuando configurazioni organizzative e meccanismi di coordinamento atti a garantire l'efficace svolgimento delle attività, dei processi e delle prestazioni”.

³⁴ Cons. Stato, sez. III, 6 febbraio 2015, n. 604.

³⁵ Ritiene che uno dei problemi nella formulazione dei Lea sia la necessità di “attenuare i margini di discrezionalità amministrativa e di scelta ‘opportunistica’ delle prestazioni da erogare” anche C. TUBERTINI, *I livelli essenziali di assistenza*, in G. CERRINA FERONI - M. LIVI BACCI - A. PETRETTO (CUR.), *Pubblico e privato nel sistema di Welfare*, cit., p. 96.

³⁶ Occorre segnalare che vi è un (almeno) doppio livello di integrazione: quello relativo agli interventi di uno specifico livello (professionale, gestionale, ecc.) e quello inerente l'integrazione “tra livelli” (vale a dire l'integrazione tra la dimensione gestionale e quella professionale, tra quella istituzionale e quella organizzativa, ecc.). Come sottolinea infatti P. FRAU, *L'integrazione socio sanitaria*, in www.astrid-online.it, “non bastano la multiprofessionalità e la multidisciplinarietà, più punti di vista, più strategie, più idee, ma è essenziale che la sommatoria di questi diversi elementi ed entità sia accompagnata da una loro integrazione nell'azione per accogliere ed offrire soluzioni capaci di accompagnare e supportare la crescita di salute e benessere delle persone”.

³⁷ Piano sanitario nazionale 1998-2000.

Vi è infine il piano dell'*integrazione professionale*, che richiede una forte e stretta collaborazione tra le professionalità coinvolte: collaborazione che può risultare facilitata, come ancora evidenziato dal Piano nazionale, dalla costituzione di unità valutative integrate, dalla gestione unitaria della documentazione, dalla valutazione dell'impatto economico delle decisioni, dalla definizione delle responsabilità nel lavoro integrato, dalla continuità terapeutica tra ospedale e distretto, dalla collaborazione tra strutture residenziali e territoriali, dalla predisposizione di percorsi assistenziali appropriati per tipologie d'intervento, nonché dall'utilizzo di indici di complessità delle prestazioni integrate.

Se questo è dunque il quadro dell'integrazione sociosanitaria (successivamente si svilupperà anche il tema dell'integrazione c.d. *comunitaria*), quale è il bilancio complessivo che può trarsi dall'evoluzione dei servizi nel nostro Paese?

Partendo dall'ambito dell'*integrazione istituzionale*, possiamo segnalare alcuni tentativi che sono stati attivati, in ambito regionale, per realizzare una più efficace integrazione. Tra questi, certamente il più avanzato è l'ordinamento della Toscana, che fin dai primi anni del duemila avviò un percorso di sperimentazione mediante la realizzazione della "Società della salute": un modello, indicato per la prima volta nel Piano sanitario regionale 2002-2004 e oggetto di sperimentazione secondo quanto previsto dal Piano sanitario regionale 2005-2007, che si configurava (e si configura) come un consorzio pubblico senza scopo di lucro, i cui titolari sono le Aziende sanitarie locali e i Comuni. Tale soluzione rispondeva all'esigenza di individuare un nuovo soggetto organizzativo a livello territoriale cui affidare la tutela della salute intesa in senso ampio, valorizzando in particolare l'apporto delle comunità locali, delle parti sociali e del terzo settore nell'individuazione dei bisogni di salute e nel processo di programmazione. Per realizzare tale obiettivo, al Comune sono state attribuite funzioni di programmazione e di controllo, ma anche di compartecipazione al governo del territorio finalizzato ad obiettivi di salute, allo scopo di meglio realizzare un adeguato livello di integrazione sia tra assistenza sociale e assistenza sanitaria, come anche tra questi ambiti e le altre politiche di competenza dell'ente locale, in funzione del miglioramento della salute complessivamente intesa e del benessere sociale della popolazione. La sperimentazione di tale modello organizzativo, avviata mediante adesione volontaria, ha visto il costituirsi di diciotto Società della salute nelle varie zone della Toscana, le quali hanno riguardato territori abitati da oltre il 60% della popolazione complessiva. Dopo tale periodo fu condotta un'attività di verifica dei risultati, che indusse il legislatore regionale, considerata positivamente la fase della sperimentazione, ad avviare una fase a regime, attraverso l'introduzione, operata con legge 10 novembre 2008 n. 60, di un apposito Capo (III bis) nella legge regionale n. 40/2005. Anche a seguito di alcuni rilievi formulati dalla Corte costituzionale in relazione al modello consortile (in particolare, sentenze n. 326 del 2010 e n. 236 del 2013), con due successive leggi regionali (n. 44 e n. 45 del 2014), è stata prevista la possibilità di scegliere, da parte degli enti interessati, tra il proseguimento del modello "Società della Salute" e la stipula di una convenzione sociosanitaria fra tutti i comuni della zona distretto e l'Azienda Usl di riferimento. Attualmente risultano attive, nel territorio regionale, 21 Società della Salute e 13 Zone distretto "senza" SdS.

Si tratta dunque di un modello che è nato con grandi speranze ed attese, ma che alla prova dei fatti non ha risposto pienamente ad esse, tanto è vero che la legislazione più recente lo ha previsto, come indicato, alla stregua di una possibilità tra più alternative.

Altre regioni hanno percorso strade diverse, complessivamente lontane dall’esperienza toscana.

Da segnalare la legge di riorganizzazione del Servizio Sanitario Regionale approvata dal Consiglio regionale delle Marche nel 2003 (L.R. n. 13 del 2003), che nel riordinare il sistema sanitario ha valorizzato le prospettive dell’integrazione socio-sanitaria prevedendo la figura del Responsabile dei Servizi di Integrazione Socio-sanitaria, equiparato al Direttore Amministrativo e al

Direttore Sanitario nel supporto al Direttore Generale dell’Azienda Sanitaria Unica Regionale (ASUR) (art. 4). Peraltro, la stessa legge distingue, nell’ambito delle strutture organizzative della Giunta regionale, il servizio sanità dal servizio politiche sociali, ripartendo le competenze relative.

La Regione Piemonte si è limitata invece ad istituire, pur in vista del medesimo obiettivo di realizzare una più intensa integrazione sul piano dell’integrazione istituzionale, una Cabina di regia socio-sanitaria tra due direzioni regionali (la Direzione Sanità e la Direzione Coesione sociale), con lo scopo di realizzare successivamente un confronto tra tale Cabina di regia con gli enti gestori e le Asl. Tale iniziativa è stata adottata come prima risposta a livello operativo all’esigenza espressa nel Patto per il sociale del 2015 di affrontare le criticità della presa in carico delle situazioni di non autosufficienza cronica, sempre più onerose per il bilancio regionale.

In altre esperienze – come ad esempio nella regione Lombardia – si è realizzato un modello che ha posto al centro l’ambito sanitario, con conseguente attrazione della gestione dei servizi sociali nell’ambito di quella delle prestazioni sanitarie³⁸.

La strada più comunemente seguita ha riguardato l’ambito della programmazione integrata: sono molte le regioni che hanno disciplinato la predisposizione di piani integrati socio-sanitari variamente definiti³⁹.

È difficile stabilire chi detenga il “record” di precedenza cronologica in tale ambito, ma credo che esso possa spettare alla Regione Veneto, la quale già con la legge regionale 14

³⁸ E. VIVALDI, *Assistenza sociale*, in A. MORELLI - L. TRUCCO (CUR.), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 281; F. BIONDI DAL MONTE - V. CASAMASSIMA, *Le regioni e i servizi sociali a tredici anni dalla riforma del Titolo V*, in *Regioni*, 2014, n. 5/6, p. 1092.

³⁹ In ambito sociale, il metodo della programmazione “degli interventi e delle risorse, dell’operatività per progetti, della verifica sistematica dei risultati in termini di qualità e di efficacia delle prestazioni, nonché della valutazione di impatto di genere” è stato previsto dall’art. 3 della legge n. 328 del 2000, che ha disciplinato tre livelli di programmazione: quello statale, quello regionale e quello di zona. Sul metodo della programmazione in ambito sociale, e sulle procedure necessarie a renderlo efficace, v. E. INNOCENTI, *La programmazione sociale per un nuovo modello di governance dei servizi alla persona*, in E. ROSSI (CUR.), *Diritti di cittadinanza*, cit., p. 249 ss.

settembre 1994 n. 56 stabilì all'art. 6 che “La programmazione socio-sanitaria regionale si realizza con il piano socio-sanitario regionale approvato dal Consiglio regionale”.

Successivamente altre regioni hanno percorso la medesima strada.

Così in Emilia – Romagna da più di un decennio viene adottato un Piano integrato sociale e sanitario; come si legge nel Piano recentemente adottato e relativo al triennio 2017 – 2019 (D.C.R. n. 120 del 12 luglio 2017), la scelta è stata “di non tenere separate le parti relative alle politiche sanitarie da quelle sociali”, in quanto sarebbe “quasi un paradosso continuare a considerare in modo parcellizzato e frammentato gli sforzi e gli interventi che quotidianamente la Regione fa per rispondere in maniera coordinata ai bisogni che necessitano di risposte socio-sanitarie. L'integrazione socio-sanitaria smetterà di essere solo uno slogan o una enunciazione di principio se effettivamente cominciamo a ragionare non più per compartimenti stagni ma in maniera trasversale sia sul piano degli operatori pubblici che mettono in atto gli interventi, sia sui bisogni che provengono dai nostri cittadini”.

Analogamente, la programmazione integrata è stata prevista dalla Regione Lombardia con la legge n. 33/2009: tale Regione ha recentemente approvato, con delibera di giunta del 28 dicembre 2017, i nuovi indirizzi per la programmazione sociale a livello locale; mentre la Regione Liguria ha adottato un piano integrato fin dal 2009, e nel dicembre del 2017 ha approvato il suo ultimo Piano in ordine di tempo.

Recentemente anche la Regione Sicilia ha adottato un “Piano delle azioni e dei servizi socio-sanitari e del Sistema unico di accreditamento dei soggetti che erogano prestazioni socio-sanitarie”: il Piano, approvato con decreto del 31 luglio 2017, è stato indicato da uno degli assessori regionali competenti come “una svolta culturale”, mentre l'altro assessore ha promesso che con tale Piano “non avremo più un'assistenza frammentaria e disorganizzata, ma finalmente saremo guidati da una visione integrata tra sanità e sociale”.

La programmazione *integrata* a livello regionale richiede poi anche un'analogha integrazione a livello di programmazione locale: così, tra le altre, la regione Sardegna, con la legge regionale n. 23/2005, ha previsto la redazione di piani locali unitari dei servizi alla persona (PLUS), mediante i quali i Comuni e l'ATS provvedono alla programmazione e alla realizzazione del sistema integrato dei servizi e all'attuazione locale dei livelli essenziali sociali e sociosanitari.

Il 2017 si è rivelato un anno particolarmente intenso in termini di adozione di piani integrati regionali: oltre a quelli dell'Emilia – Romagna, della Lombardia, della Liguria e della Sicilia già segnalati, possiamo ricordare anche la delibera 26 aprile 2017 n. 214 della Regione Lazio, con cui si è approvata la proposta di piano sociale regionale, successivamente alla riforma della legge regionale sul sistema integrato dei servizi e interventi sociali; nonché la delibera della Giunta regionale toscana con cui si è adottata l'informativa preliminare al consiglio regionale per il nuovo piano sanitario e sociale integrato (dgr 65 del 27 dicembre 2017).

In definitiva, su questo punto, possiamo dire che se da un lato sul versante della programmazione integrata è da registrare un significativo consolidamento di tale esperienza, fino a far ritenere ormai abbastanza diffuso il metodo della programmazione integrata

socio sanitaria a livello regionale ed anche locale, sul versante della organizzazione più generalmente intesa non si registrano innovazioni rilevanti.

6. Segue: b) l'integrazione gestionale e c) professionale

Sul piano della *integrazione gestionale*, che – lo si ricorda – riguarda il governo del funzionamento dei servizi e la gestione integrata delle risorse, l'elemento forse più significativo da registrare riguarda l'affermarsi della prassi di progetti personalizzati, che costituisce una sorta di premessa logica ed operativa per interventi integrati. Oltre al riferimento ad essi già nel decreto contenente i nuovi Lea, e di cui si è detto, va richiamata al riguardo la legge n. 208/2015 (legge di stabilità per il 2016) che, nell'ambito della disciplina relativa al Sostegno per l'inclusione attiva (SIA), ha istituito il «Fondo per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale», funzionale all'attuazione di un successivo Piano nazionale: in essa era previsto, come canale di accesso, la valutazione multidimensionale del richiedente (e del suo nucleo familiare), funzionale all'elaborazione di un progetto personalizzato. Il d.lgs. n. 147/2017 (Disposizioni per l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà) ha poi richiesto la necessaria adesione del beneficiario, assoggettato alla prova dei mezzi, a «un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa finalizzato all'affrancamento dalla condizione di povertà» (art. 1, comma 2, lettera a)), stabilendo altresì (art. 1, comma 2, lettera f), che i progetti personalizzati dovranno essere predisposti da una *équipe* multidisciplinare, costituita dagli ambiti territoriali di cui all'art. 8, comma 3, della legge n. 328/2000, in collaborazione con le amministrazioni competenti per i servizi per l'impiego, formativi, sociali e sanitari. Detti progetti personalizzati devono essere elaborati sulla base di «una valutazione multidimensionale del bisogno; una piena partecipazione dei beneficiari alla predisposizione dei progetti medesimi; un'attenta definizione degli obiettivi e un monitoraggio degli esiti, valutati periodicamente tramite strumenti di misurazione dell'impatto sociale». In merito a tali previsioni, e ad altre analoghe precedenti, è condivisibile l'opinione di chi ritiene che per produrre i risultati prefigurati e auspicabili sarebbe necessario il consolidamento, in modi molto più avanzati di quelli sinora realizzati, di forme di gestione associata dei servizi sociali e di correlata valorizzazione del contributo e delle competenze di una pluralità di professioni sociali⁴⁰.

Tutto ciò dovrebbe essere sviluppato ed istituzionalizzato mediante una metodologia di lavoro per progetti, “con unità multiprofessionali chiamate a gestire unitariamente la valutazione del bisogno e la gestione dei processi di servizio”, anche attraverso sistemi informativi integrati⁴¹.

⁴⁰ E. INNOCENTI - E. VIVALDI, “Non posso aiutarti senza di te”: quali prospettive?, in E. INNOCENTI - E. ROSSI - E. VIVALDI (cur.), “Non posso aiutarti senza di te”, Livorno, Media Print, 2016, pp. 87-88.

⁴¹ D. CASTAGNO - T. VECCHIATO, *Sistemi integrati*, in AA., *Il futuro nelle nostre mani*, Bologna, il Mulino 2016, p. 150.

Tali esigenze si incontrano con quelle necessarie a garantire anche il “terzo livello” dell’integrazione, vale a dire quella *di tipo professionale*, che presuppone non soltanto una forte sinergia tra competenze tecniche e professionali, ma richiede altresì una condivisione di responsabilità. Al fine di perseguire tale obiettivo, sono stati individuati in dottrina alcuni strumenti operativi, tra i quali appositi protocolli regolatori delle azioni da compiere e delle mansioni professionali dei diversi operatori; l’individuazione di un *case manager* come riferimento interno ed esterno; una valutazione congiunta degli esiti o *outcome*⁴².

Sebbene dunque siano da registrare significativi passi in avanti in detto ambito, va tuttavia rilevato come esso costituisca a tutt’oggi uno dei punti più delicati e forse anche più limitanti dell’effettivo perseguimento di un’integrazione sociosanitaria. L’attuale assetto delle competenze professionali, infatti, collegato ai percorsi formativi delle specifiche figure professionali (a partire dall’ambito universitario), inducono all’esigenza di forti livelli di specializzazione, sia all’interno dell’area medica che, ancora di più, nella relazione tra personale medico e operatori dell’assistenza sociale: con il risultato di un difficile “dialogo” tra i diversi professionisti impegnati sul versante dell’assistenza, per lo più rimesso alla buona volontà dei singoli ed alle loro capacità personali. È difficile immaginare, sul punto, un cambiamento di rotta, almeno nell’immediato temporale: e tuttavia se non si comincia a ragionare sulla formazione “sociosanitaria” sia del personale medico che di quello “sociale” ogni tentativo di integrazione professionale appare difficilmente destinato al successo, con il “sociale” che rischia di rimanere, nella realtà delle cose, “figlio di un dio minore”.

7. Segue: d) l’integrazione “comunitaria”. La riforma del terzo settore

Sin qui, dunque, i piani di integrazione che possiamo ritenere acquisiti e consolidati, perlomeno a livello di cultura istituzionale. Più rilevante, e in certo modo innovativa, è quella che è stata definita l’integrazione “comunitaria”⁴³, che si realizza mediante l’integrazione delle diverse risorse – pubbliche e private – operanti sul territorio, e che sono in grado di garantire risposte più adeguate ai diversi bisogni, in termini di prestazioni più flessibili e adattabili alle esigenze di vita delle persone. Che quello dell’assistenza sociale, e conseguentemente dell’assistenza sociosanitaria, costituisca un ambito privilegiato di questi tipo di integrazione è noto da tempo, se è vero che è stata proprio la considerazione dell’assistenza sociale che ha portato alla scrittura dell’art. 118, comma 4, della Costituzione⁴⁴. E

⁴² A. BANCHERO, *Modelli di integrazione sociosanitaria*, in <http://salute.regione.emilia-romagna.it/documentazione/convegni-e-seminari/conferenza-nazionale-cure-primarie/banchero>

⁴³ D. CASTAGNO - T. VECCHIATO, *Sistemi integrati*, cit., pp. 150-151.

⁴⁴ COSÌ G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubblico*, 2002, p. 40 ss.; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004, p. 68.

pertanto deve essere considerata con particolare attenzione la recente riforma del terzo settore, avviata con l’approvazione della legge n. 106/2016 ed attuata con l’emanazione di due decreti legislativi, il primo contenente la nuova disciplina dell’impresa sociale (d. leg. n. 112/2017) ed il secondo contenente il Codice del terzo settore (d. leg. n. 117/2017): una riforma che può ritenersi come la prima organica attuazione dell’art. 118, comma 4, Cost.⁴⁵. L’insieme della normativa posta in essere costituisce certamente un momento di svolta per la regolazione giuridica del Terzo settore in Italia: per la prima volta abbiamo infatti, raccolta in un Codice unitario, una disciplina generale e organica di questo ambito, ed insieme una definizione normativa di come gli enti del terzo settore debbano essere considerati distintamente rispetto all’universo degli enti non profit⁴⁶.

Secondo l’art. 4 del d. leg. n. 117/2017, infatti, sono enti del terzo settore quei soggetti che svolgono “una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi”. L’espressione, frutto evidente di sovrapposizioni e mediazioni, ha nello svolgimento di “attività di interesse generale” l’elemento qualificante: in altri termini, si è terzo settore se si svolgono attività che contribuiscono al “bene collettivo” (o “bene comune” che dir si voglia), mentre se ne dovrebbe essere esclusi se le attività svolte perseguono un interesse “privato” o forse anche un interesse “collettivo”, comunque ritenuto “di parte”. Il riferimento alle “attività di interesse generale”, con riguardo a ciò che contraddistingue “cosa fa” (o “cosa deve fare”) il terzo settore, è al contempo nuovo e vecchio: è *nuovo* perché in termini espliciti non si ritrova in nessuna delle leggi “storiche” comunemente ricomprese nell’ambito concettuale del terzo settore; è *vecchio* perché nelle stesse leggi si ritrovano espressioni diverse ma (forse) assimilabili ad esso. In particolare, la legge sulle cooperative sociali (art. 1 legge n. 381/1991) – quella forse più vicina alla definizione attuale – indica le attività svolte da tali enti come quelle finalizzate a “perseguire l’interesse generale della comunità alla promozione umana e all’integrazione sociale dei cittadini”; la legge quadro sul volontariato (legge n. 266/1991, art. 2) fa invece riferimento a “finalità di carattere sociale, civile e culturale individuate dallo Stato” e dagli altri enti pubblici; il decreto legislativo sulle Onlus (n. 460/1997, art. 10) non specifica, in termini generali, il tipo di attività che tali enti possono svolgere, limitandosi invece ad un elenco di ambiti in cui dette attività devono realizzarsi; tuttavia, nella qualifica stessa di Onlus è contenuto il riferimento all’“utilità sociale”. Espressione, quest’ultima, ripresa anche nella legge sulle associazioni di promozione sociale (legge n. 383/2000): queste ultime sono infatti quelle che svolgono – appunto – “attività di utilità sociale”. Anche il decreto legislativo n. 155/2006,

⁴⁵ Per una prima analisi del processo riformatorio sul terzo settore v. L. GORI - E. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2016; S. BENVENUTI, *Finalmente una disciplina organica del Terzo settore: dalla legge delega n. 106 del 2016 ai decreti legislativi di attuazione*, in *id.*, n. 3/2017; L. GORI, *Il sistema delle fonti nel diritto del terzo settore*, in *id.*, n. 1/2018.

⁴⁶ In tema v., da ultimo, P.L. CONSORTI, *La nuova definizione giuridica di Terzo settore*, in *Non Profit*, 3/2017, p. 29 ss.

disciplinante l'impresa sociale, individua quella svolta da tale ente come "attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale".

Già limitatamente a questo aspetto, dunque, possiamo dire che un'integrazione "comunitaria" è necessaria, essendo sia gli enti pubblici che questi soggetti privati finalizzati al perseguimento di attività di interesse generale (in attuazione, peraltro, di quanto previsto dall'art. 118, ultimo comma, Cost.). In più, la stretta rilevanza ai fini dell'oggetto del presente intervento è testimoniata dall'elenco di attività di interesse generale che il Codice contiene (art. 5), ed in cui è prevista (art. 5, comma 1, lett. c)), l'area delle "prestazioni socio-sanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni": prestazioni che sono distinte da quelle che riguardano l'ambito degli "interventi e servizi sociali" (lett. a)) e da quelle connesse ad "interventi e prestazioni sanitarie" (lett. b)). Identica previsione è riportata anche nel decreto legislativo riferito alla disciplina dell'impresa sociale (art. 2 del d. leg. n. 112/2017). Si tratta di previsioni non nuove: già la legge sulle cooperative sociali aveva previsto come ambito di intervento delle cooperative di tipo A la "gestione di servizi socio-sanitari ed educativi"; ed anche il decreto legislativo sulle Onlus (d. leg. n. 460/1997) all'art. 10 aveva individuato nell'"assistenza sociale e sociosanitaria" l'ambito di attività di tali organismi, sebbene in relazione a quest'ultima previsione soltanto l'assistenza sanitaria consentisse ad essi di qualificarsi Onlus anche a prescindere che la destinazione delle attività fosse a vantaggio di soggetti svantaggiati (mentre, per converso, un ente che svolgesse attività di tipo sociosanitario poteva definirsi Onlus soltanto nel caso in cui l'attività fosse rivolta a tale categorie di persone).

Sebbene dunque non costituisca una novità assoluta, è tuttavia da sottolineare l'ampliamento di prospettiva che il Codice tende a realizzare: le prestazioni sociosanitarie e, quindi, l'area dell'integrazione sociosanitaria, sono considerate "attività di interesse generale", e possono essere svolte da tutti gli enti del terzo settore.

Oltre all'aspetto definitorio, di sicura rilevanza sono le previsioni del Codice che si riferiscono all'attività di co-programmazione e di co-progettazione degli interventi e dei servizi nell'ambito delle attività di cui all'art. 5 (art. 55), in attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale⁴⁷.

La novella legislativa, che era stata sul punto in certo senso anticipata da un articolato documento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione⁴⁸, stabilisce che le amministrazioni pub-

⁴⁷ In argomento v., da ultimo, V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'ANAC al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018; nonché A. ALBANESE, *I rapporti fra soggetti non profit e pubbliche amministrazioni nel d.d.l. delega di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Non profit paper*, n. 3/2014, p. 153 ss.; E. FREDIANI, *I rapporti con la Pubblica Amministrazione alla luce dell'art. 55 del codice del Terzo Settore*, in *Non profit paper*, n. 3/2017, p. 157 ss.

⁴⁸ Autorità Nazionale Anticorruzione, Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*, reperibile sul sito dell'Anac.

bliche, “nell’esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all’art. 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento”. Al riguardo, deve positivamente essere rilevato l’allargamento dell’ambito di applicazione dell’attività di co-programmazione oltre l’ambito tradizionale degli “interventi e servizi sociali” e di quelli socio sanitari, per i quali era già previsto dalla legge n. 328/2000 e dal D.P.C.M. 30 marzo 2001⁴⁹: l’attuale formulazione impone infatti un coinvolgimento in tutti i settori di attività di cui all’art. 5 (quindi anche, sebbene non solo, nell’ambito degli interventi socioassistenziali). Al di là di alcuni problemi che detta disposizione apre, anche con riguardo alla ripartizione delle competenze costituzionalmente stabilita tra Stato e regioni, essa impone tuttavia che la logica della programmazione (che è logicamente propedeutica a quella del co-programmazione) venga fatta propria e utilizzata anche con riguardo all’area degli interventi socio sanitari.

In ogni caso il Codice, nel definire cosa si intende per *programmazione* (quell’attività cioè finalizzata “all’individuazione, da parte della pubblica amministrazione precedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili”) e per *progettazione* (l’attività “finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione” sopra indicati) opera una chiarificazione normativa di attività che già sono note e praticate nella prassi amministrativa: in particolare la programmazione, come rilevato dall’Autorità Anticorruzione, costituisce “uno strumento fondamentale per garantire la trasparenza dell’azione amministrativa, la concorrenza nel mercato e, per tali vie, prevenire la corruzione e garantire il corretto funzionamento della macchina amministrativa”⁵⁰. Proprio per tale ragione sarebbe parso opportuno definire i criteri con cui individuare gli enti del terzo settore da coinvolgere in detta fase: mentre il comma 4 dell’art. 55, richiamando il solo comma 3 e non anche il comma 2, definisce soltanto i criteri per individuare gli enti da coinvolgere nella co-progettazione.

Il tema dell’integrazione comunitaria, per come qui intesa, trova dunque nel Codice del terzo settore un riconoscimento significativo anche con riguardo all’area degli interventi socio sanitari, insieme al riconoscimento di strumenti giuridici mediante i quali l’integrazione può essere perseguita e realizzata da parte delle amministrazioni pubbliche. Tuttavia vi è un altro versante del tema che merita di essere sottolineato: la dimensione del terzo settore non soltanto quale erogatore di prestazioni (o anche co-programmatore e co-progettatore di servizi), ma anche quale possibile soggetto di *reperimento di risorse*

⁴⁹ Per R. MICCÙ - A. PALMACCIO, 71, *Tra primo e Terzo settore: una prima introduzione alla disciplina dei rapporti tra p.a. e non-profit nella gestione dei servizi*, in *Non profit paper*, n. 2/2017, l’art. 55 “estende e generalizza le prescrizioni che la legge 328/2000 in tema di servizi sociali rivolge essenzialmente ai Comuni”.

⁵⁰ Autorità Nazionale Anticorruzione, Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, *Linee guida*, cit., p. 8.

per i servizi stessi. Tra le molte previsioni che si potrebbero richiamare al riguardo, merita sottolineare quella relativa ai c.d. enti filantropici, espressione da riferire, in forza dell'art. 37, a quelle associazioni riconosciute o fondazioni costituite "al fine di erogare denaro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale".

La caratteristica peculiare di tali enti è (dovrebbe essere) quella di erogare denaro: se infatti erogassero (esclusivamente o prevalentemente) servizi, potrebbero risultare in nulla differenti dalle (altre) associazioni e fondazioni del terzo settore. Ed infatti la previsione di tali enti è stata fortemente invocata da un'associazione nazionale denominata Assifero, che raccoglie quelle fondazioni private (di famiglia, corporate e di comunità) e quegli enti che esercitano attività erogativa (esclusiva o prevalente) per il sostegno degli enti del terzo settore e dei progetti da loro promossi. Occorre tuttavia osservare, al riguardo, che la disciplina codicistica prevede che questi enti non erogino denaro e prestazioni esclusivamente a soggetti del terzo settore, ma anche a "categorie di persone svantaggiate" oppure a "attività di interesse generale": con la prima previsione si apre alla possibilità di trasmettere fondi o servizi direttamente a soggetti/persone fisiche individuati dall'ente stesso; con la seconda si riconosce l'eventualità di un'erogazione a favore di enti del TS, come anche di altri soggetti collettivi.

Evitando in questa sede di entrare nel merito delle problematiche connesse a tali previsioni, ciò che si intende rilevare in questa sede è che tali soggetti, in base a quanto detto, potrebbero adoperarsi per raccogliere risorse (economiche) finalizzate a finanziare servizi e prestazioni, e destinandole o a persone fisiche che intendano (o abbiano la necessità) di rivolgersi a strutture accreditate per ricevere prestazioni di assistenza, ovvero a soggetti erogatori (enti del terzo settore ma, volendo, anche enti profit e amministrazioni pubbliche), per finanziare o co-finanziare l'erogazione di prestazioni. Ciò giustifica la qualifica che si è proposta, di enti che rivolgono la loro attività non tanto alla erogazione di prestazioni quanto al reperimento di fondi per le stesse: in una logica di integrazione comunitaria, dunque, parzialmente diversa e fors'anche innovativa rispetto al panorama sin qui noto e descritto.

8. L'integrazione "integrata", ovvero delle risorse economiche necessarie per un'adeguata integrazione sociosanitaria

Un ulteriore angolo visuale che può risultare interessante al fine di valutare il livello di avanzamento dell'integrazione sociosanitaria nel nostro Paese è costituito dal versante della spesa, sia pubblica che privata, finalizzata all'assistenza sanitaria, sociale e sociosanitaria. Va preliminarmente rilevato, al riguardo, come le politiche nazionali, secondo quanto in parte già sottolineato, non abbiano operato nel tempo un adeguato rafforzamento dell'assistenza sociosanitaria, ed anzi l'adozione di strumenti tesi a garantire il rispetto di

parametri di carattere finanziario (conseguenti anche al “nuovo” art. 81 Cost.) abbia impedito, soprattutto nelle regioni sottoposte ai piani di rientro, di operare in conseguenza delle crescenti domande di assistenza. A ciò si aggiunga che, come già rilevato, per la maggior parte dei servizi socio-sanitari sono previste forme di compartecipazione alla spesa, e che di conseguenza lo sviluppo di questi servizi è legato alla sostenibilità degli oneri da parte dei Comuni e degli utenti: in periodi storici, come l’attuale, di limitate risorse (sia pubbliche che private) complessive, il mancato sostegno, a livello nazionale, alla “quota sociale” si è tradotto in un depauperamento dei servizi e della capacità dei singoli di poterne usufruire.

Tutto ciò rende evidente la necessità di “integrare l’integrazione”, anche mediante risorse private: queste ultime sembrano anzi costituire un’esigenza imprescindibile per rafforzare e sviluppare servizi e prestazioni socio-sanitari. In una prospettiva che non è soltanto tattica ma pienamente costituzionale, in quanto finalizzata a “valorizzare la scelta costituzionale in favore di un’alleanza e non di un’alternatività fra mercato e Stato sociale”⁵¹.

Per comprendere l’entità del problema, è pertanto necessario gettare un rapido sguardo alla dimensione economica del fenomeno di cui stiamo ragionando.

In Italia, sulla base di dati provenienti dalla Corte dei conti e dall’Istat, la spesa sanitaria totale (pubblica e privata) nel 2016 è stata di 149,5 miliardi di euro, per un’incidenza del 8,9% sul Pil interno: confrontando questi dati con il 2012, si osserva un aumento in termini assoluti di 5.085 miliardi di euro, ma una riduzione relativamente all’incidenza sul Pil (che nel 2012 era del 9,1%). Del complesso di tale spesa, la componente pubblica è (nel 2016) di 112,2 miliardi (era 110 nel 2012), pari a circa il 75% della spesa totale (era il 77,7% nel 2012); quella privata è di 37,5 miliardi (era 34,5 miliardi nel 2012, quindi è cresciuta assai di più rispetto alla spesa pubblica), pari quindi al 25% circa della spesa totale.

Per quanto riguarda la spesa privata, è interessante rilevare come quella definita *out of pocket* è stata nel 2016 di circa 34,1 miliardi di euro, mentre soltanto 3,4 miliardi sono intermediati da forme di finanziamento volontario (quali fondi sanitari integrativi, assicurazioni private, mutue, ecc.). In termini individuali, la media della spesa sanitaria privata pro-capite è stata di 560 euro per quella *out of pocket* e di 56 euro per quella intermediata (a fronte di 1850 euro per quella pubblica).

Sul versante della spesa sociale pubblica occorre considerare sia quanto viene speso dagli enti locali comunali sia quanto di competenza delle altre amministrazioni (regionali e statale). Per quanto riguarda la spesa sociale comunale, i dati Istat rilevano che nel 2014 (ultimo anno disponibile) la cifra complessiva è stata di 6,92 miliardi (corrispondenti a circa lo 0,43% del Pil nazionale), con una riduzione di quasi il 3% rispetto al 2010. I dati

⁵¹ Così M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, p. 17.

provvisori relativi al 2015 indicano un dato sostanzialmente in linea con il 2014 (è previsto un incremento di circa 13 milioni di euro rispetto al 2014)⁵².

Per quanto riguarda invece gli interventi realizzati direttamente dallo Stato, si osserva come negli ultimi anni, in aggiunta ai tradizionali interventi di natura “strutturale”, sia fiorita una serie di misure, in alcuni casi episodiche ed in altri modificate e riviste ripetutamente⁵³. Nel complesso, si può stimare in 62,2 miliardi il valore della spesa sociale nazionale nel 2016⁵⁴, comprendente le spese per pensioni e assegni sociali (4.872 milioni), per pensioni di guerra (553 milioni), per prestazioni agli invalidi civili (16.136 milioni), prestazioni ai non vedenti (1.138 milioni), prestazioni ai non udenti (195 milioni), altri assegni e sussidi (14.460 milioni), servizi sociali (o “Prestazioni sociali in natura” secondo la classificazione Istat) (9.149 milioni), assegni familiari (6.350 milioni) e integrazioni al minimo delle pensioni (9.347 milioni)⁵⁵.

Tale spesa, tutta di natura pubblica, è in larghissima misura una spesa per prestazioni erogate sotto forma di trasferimenti monetari (circa il 90%, anche senza considerare la componente previdenziale)⁵⁶; inoltre, negli ultimi anni la tendenza è andata verso un aumento delle prestazioni monetarie erogate dal livello centrale: vale a dire, come è stato osservato, nella direzione di “prestazioni maggiormente «burocratizzate» (prive di mediazione professionale) e più «lontane» dai beneficiari cui sono dirette”⁵⁷.

Per quanto riguarda infine la spesa sociale privata, dai dati Istat si ricava una spesa complessiva di quasi 1,4 miliardi: ma è da ritenere che vi sia una consistente quota di spesa “in nero”, anche in considerazione del fatto che “molte famiglie sono sempre meno interessate al ‘dare a avere’, perché ‘concorrono a produrre’, cioè a rendere possibili soluzioni umane e umanizzanti, tra curare e prendersi cura, professionali e non professionali, con responsabilità integrate, capaci di rendimento e rigenerazione di risorse”⁵⁸.

⁵² M. BEZZE - D. GERON, *La spesa dei Comuni italiani*, in Fondazione E. Zancan (cur.), *Se questo è welfare. La lotta alla povertà. Rapporto 2018*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 38.

⁵³ Limitandosi a quelli realizzati negli ultimi anni, si possono ricordare il reddito minimo di inserimento, il bonus straordinario per famiglie, lavoratori, pensionati e non autosufficienti; la carta acquisti (ovvero social card); la nuova social card sperimentale – Sia; il bonus bebè; il bonus famiglie numerose; il bonus elettrico e bonus gas; l’assegno di disoccupazione involontaria e, da ultimo il bonus di 80 euro.

⁵⁴ Utilizziamo il conteggio effettuato da M. BEZZE - D. GERON, *La spesa dei Comuni italiani*, cit., p. 38 ss., il quale (seguendo la classificazione della Commissione Onofri) risulta parzialmente diverso da quello proposto dall’Istat in quanto quest’ultimo non considera gli interventi per assegni familiari e integrazione al minimo delle pensioni.

⁵⁵ In dottrina da tempo, ed opportunamente, sono stati sottolineati gli effetti negativi della frammentazione della spesa sociale, che inevitabilmente conducono ad un sistema categoriale e per gruppi in luogo di quello universalistico e integrato che dovrebbe costituire l’obiettivo da perseguire: in tal senso A. GUALDANI, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁵⁶ Va ricordato, al riguardo, che all’accentuata monetizzazione dell’assistenza consegue un minor investimento in relazione al personale e alle strutture, con potenziali ricadute negative sul lungo periodo (così E. INNOCENTI - E. VIVALDI, *Assistenza, volontariato, contrasto alla povertà nella legislazione regionale in tempo di crisi*, in *Regioni*, 2014, p. 1193).

⁵⁷ M. BEZZE - D. GERON, *La spesa dei Comuni italiani*, cit., p. 41.

⁵⁸ Così T. VECCHIATO, *Perché la non autosufficienza fa così paura alle famiglie (e allo Stato)*, in *Vita*, n. 7/2016, p. 98.

Al netto di tali ultime considerazioni, possiamo comunque dedurre che la spesa complessiva per prestazioni sanitarie e sociali nel nostro Paese ammonti a circa 215 miliardi di euro l'anno, di cui almeno 40,9 miliardi sono di spesa privata (39,5 sanitaria e 1,4 sociale): a questa deve aggiungersi, come detto, la spesa sociale “sommersa” (o comunque non rilevata).

Non vi sono dati certi per quanto riguarda la spesa socio-sanitaria⁵⁹: può tuttavia immaginarsi che sia una quota limitata ma comunque significativa di essa.

Ciò fa dunque emergere un problema: la spesa che il pubblico e il privato destinano a questo tipo di assistenza è rilevante, sia per la componente pubblica che per quella privata, e l'aumento di quella parte della popolazione che ne può avere necessità impone il rinvenimento di ulteriori risorse. Ciò vale soprattutto per la spesa privata, per la quale la situazione italiana, raffrontata a quella di altri Paesi omogenei al nostro, fa emergere un dato di anomalia: in Italia, infatti la spesa *out of pocket* è percentualmente assai più consistente di quanto avviene negli altri Paesi (con conseguenze, tra l'altro, sul piano della regolarità fiscale). Se questo è vero, ne consegue la necessità di “integrare (economicamente) la integrazione”, ovvero di individuare soluzioni finalizzate al reperimento di risorse atte a favorire il godimento delle prestazioni di cui si ha bisogno. Un primo passo può essere costituito dallo sviluppo di forme di copertura della spesa privata, quali assicurazioni; strumenti di previdenza complementare – individuale o collettiva – secondo un piano di accumulo; sistemi di welfare aziendale; fondi sanitari; società di mutuo soccorso⁶⁰.

Mi pare di poter dire che l'esigenza qui rappresentata costituisca una sfida decisiva per (perlomeno) mantenere livelli adeguati di assistenza socio-sanitaria, ed impedire che anch'essa divenga uno strumento di discriminazione determinato dalle disponibilità economiche individuali: in contesti, è bene ricordare, che di per sé riguardano per lo più soggetti già deboli per ragioni diverse, e talvolta ulteriori, rispetto a quelle di natura economica. A ciò si aggiunga la considerazione che la spesa indicata è soltanto in parte legata alla valutazione ISEE, come disciplinata dal D.P.C.M. 5 dicembre 2013 n. 159⁶¹, recentemente modificato con decreto interministeriale 12 aprile 2017. In base alla normativa richiamata, sono soggette a detta valutazione le prestazioni rivolte a persone con limitata autonomia –

⁵⁹ Sebbene non sia possibile ricavare dati certi, tuttavia un qualche elemento di valutazione può essere costituito dal dato nazionale relativo alla spesa per la *long term care*. Dall'ultimo Rapporto del MEF - Ragioneria Generale dello Stato (*Le tendenze di medio-lungo periodo del sistema pensionistico e socio-sanitario – Aggiornamento 2017*) si può dedurre che la spesa complessiva sia di 29,8 miliardi, di cui 12,8 per la componente sanitaria, 13,4 per le indennità di accompagnamento e 3,8 per altre prestazioni sociali. Il documento è consultabile al sito http://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/Attivit-i/Spesa-soci/Attivita_di_previsione_RGS/2017/NARP2017-08.pdf

⁶⁰ Le società di mutuo soccorso, in particolare, che devono essere iscritte nella apposita sezione delle imprese sociali del registro delle imprese, risultano essere 1.114 nel 2016, ma solo 509 possono considerarsi attive. Esse sono state oggetto di parziale revisione ad opera del decreto legislativo n. 117/2017: v. in argomento D. LUCARINI, *Le Società di Mutuo Soccorso nella legge di riforma del Terzo settore*, in *Non profit paper*, n. 2/2017, p. 242 ss.

⁶¹ Per un'analisi della situazione normativa precedente la riforma del 2017 cfr. F. TREBESCHI, *Dall'ISEE al nuovo ISEE*, in M. GIONCADA - F. TREBESCHI - P. A. MIRRI - A. CANDIDO, *Isee e prestazioni sociali e socio-sanitarie*, cit., p. 83 ss.

quali interventi di sostegno e di aiuto domestico familiare – al fine di migliorare la stessa favorendone la permanenza nel proprio domicilio; nonché gli interventi mirati a favorire l’inserimento e l’inclusione sociale della persona disabile o non autosufficiente (in cui rientrano anche prestazioni di natura economica per l’acquisto di specifici servizi). A ciò devono aggiungersi le prestazioni del c.d. ISEE sociosanitario residenze, finalizzato alla richiesta di ricovero presso RSA, RSSA o residenze protette della persona anziana, disabile o non autosufficiente non più assistibile presso la propria casa o dalla propria famiglia (in questo caso va precisato che l’ospitalità alberghiera non è comunque a carico del servizio sanitario nazionale).

Tutte le prestazioni sociosanitarie ulteriori rispetto a quelle indicate sono dunque escluse da una valutazione ISEE: e ciò può creare ulteriore disparità determinata dalla disponibilità economica della persona interessata, specie considerando che i destinatari di tali prestazioni sono di per sé soggetti fragili o “svantaggiati”, e che un’ulteriore discriminazione al loro interno potrebbe produrre effetti in chiara contraddizione con la finalità solidaristica che deve improntare l’azione dello Stato-comunità in forza dell’art. 3, comma 2, Cost.

9. Conclusione. La necessità di una definizione dei Liveas per un’effettiva integrazione sociosanitaria

Giunti a questo punto, possiamo dunque tornare alla domanda iniziale: il sociosanitario è una “scommessa incompiuta”? La domanda è indubbiamente impegnativa, ed anche la risposta non può che essere articolata.

Certamente alcuni passi in avanti sono stati compiuti, sia sul piano normativo che della prassi concreta: segno evidente che non solo il tema dell’integrazione è percepito come un’esigenza reale e quasi irrinunciabile, ma anche che della sua necessaria realizzazione vi è chiara consapevolezza a livello istituzionale. La tradizionale distinzione tra “sanitario” e “sociale” tende a mostrare sempre maggiori crepe di fronte alla crescita di situazioni in cui soltanto una risposta integrata può rivelarsi efficace in termini di adeguata tutela dei diritti delle persone. Ne sono prova l’allargamento degli ambiti di integrazione sociosanitaria operato dalla nuova disciplina dei Lea; il riconoscimento del ruolo degli enti del terzo settore sul versante anche delle prestazioni sociosanitarie; il rafforzamento delle politiche di integrazione istituzionale, gestionale e professionale; il riconoscimento della necessità di una programmazione integrata sul versante sociosanitario. Si tratta di passi in avanti di cui occorre prendere atto, e che attestano che la “scommessa” ha sin qui pagato, a conferma di un’intuizione iniziale felice ed opportuna.

E tuttavia permangono ancora molte zone d’ombra, che inducono a ritenere che la scommessa non sia ancora vinta: nel corso dell’esposizione sono stati indicati numerosi punti che rivelano come la strada sia ancora lunga, e che il risultato di un’effettiva realizzazione di un’assistenza integrata richiederebbe alcune scelte di sistema al momento difficilmente realizzabili (si pensi, ad esempio, al tema della formazione delle figure professionali). E

d'altro canto non va dimenticato che quella dell'integrazione socio-sanitaria è una prospettiva che si scontra con una realtà storica in cui “una crescente e rigida rottura dell'integrazione socio-sanitaria” ha caratterizzato almeno sei decenni di prassi normativa e amministrativa⁶².

A ciò si aggiunga un'ulteriore considerazione riferita al piano delle competenze istituzionali, in relazione alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui alla lett. *m*) del secondo comma dell'art. 117. Da un lato, infatti, tale previsione, come attuata nell'ordinamento sino ad oggi, produce un effetto di netta differenziazione tra la tutela del diritto alla salute e quello all'assistenza sociale: se infatti la fissazione dei livelli essenziali di assistenza si identifica esclusivamente nella «determinazione degli standard strutturali e qualitativi delle prestazioni, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale» (ad esempio, Corte cost. n. 248/2011), tale determinazione può realizzarsi con relativa facilità (almeno da un punto di vista tecnico, presupposto necessario per le scelte di tipo discrezionale e perciò politico) in ambito sanitario, tenendo conto che in esso «tale individuazione ha potuto contare su una rete, per quanto non solidissima, strutturata, quella cioè della Aziende Sanitarie Locali provinciali e su di un catalogo di prestazioni codificabili (e già codificate), e dunque ascrivibili in termini di standard tecnici misurabili»⁶³. Condizione che non si realizza invece in ambito sociale (ed anche socio-sanitario), ove ben maggiori e talvolta insormontabili sono le difficoltà di specificare in via legislativa le tipologie di intervento che dovrebbero garantire la soddisfazione del diritto in questione, in quanto esse sono connesse all'individuazione di bisogni prioritari che almeno in parte non definibili⁶⁴, e comunque più difficilmente standardizzabili e categorizzabili⁶⁵.

A ciò deve aggiungersi tuttavia un altro rilievo, e cioè che tale assenza significa, nei fatti, consegnare ai territori l'effettiva tutela e garanzia dei diritti cui l'assistenza socio-sanitaria è riferita: in “un vestito d'Arlecchino” reso solo in parte più omogeneo (o, perlomeno, meno disomogeneo) dal ruolo svolto dalle regioni. Le quali, tuttavia, possono in certa misura guidare e organizzare la parte sanitaria, mentre più difficilmente riescono ad incidere su quella sociale, di competenza dei Comuni: con l'inevitabile conseguenza di una disomogeneità che dal livello regionale rischia di riversarsi anche su quello territoriale più vicino al cittadino.

Una situazione complessiva, peraltro, che deve essere letta alla luce della prospettiva indicata dal richiamato art. 117, comma 2, lett. *m*) della Costituzione: ove è evidente che il riferimento alla potestà legislativa statale è finalizzato non soltanto ad attribuire una competenza, ma anche ad affermare la necessità che la garanzia delle prestazioni in questione

⁶² B. BARONI, *Linee evolutive*, cit., p. 47.

⁶³ F. PIZZOLATO, *La procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in E. BALBONI (CUR.), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., p. 318.

⁶⁴ U. DE SIERVO, *Assistenza e beneficenza pubblica*, cit., p. 453.

⁶⁵ A. MARZANATI, *Il ruolo dello Stato*, cit., p. 277.

sia effettivamente assicurata a tutti, quale conseguenza ed applicazione del principio fondamentale di eguaglianza⁶⁶. Se così è, la mancata attuazione della previsione costituzionale produce conseguenze negative non soltanto sul piano ordinamentale (in relazione cioè ad una disomogeneità territoriale, a fronte di un'esigenza di omogeneità richiesta dalla norma costituzionale), quanto – e ciò è assai più grave – sul piano della tutela dei diritti fondamentali delle persone, cui l'assistenza sociosanitaria è finalizzata⁶⁷: tanto più grave in quanto riferita a soggetti che, versando in condizioni di estremo bisogno, “vantano un diritto fondamentale (...) strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana”⁶⁸. Per questa ragione, occorre ribadire, anche in questa sede, che la piena ed efficace attuazione dell'art. 117, comma 2, lett. *m*), della Costituzione costituisce un'esigenza non più rinviabile: anche (sebbene non solo) se si vuole rendere compiuta (o meno incompiuta...) la scommessa dell'integrazione sociosanitaria.

⁶⁶ In tal senso, per tutti, E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (CUR.), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit.; A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Regioni*, 2003, p. 16. Da ultimo, con riferimento al D.P.C.M del 2017, M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza*, cit., p. 5 ss.

⁶⁷ Così, di recente, anche N. VETTORI, *Persona e diritti all'assistenza*, cit., 319, per la quale la mancata determinazione dei livelli essenziali e la mancata perequazione della spesa assistenziale producono il rischio di “forti diseguaglianze legate alla configurazione demografica e alle diverse condizioni economiche delle realtà territoriali”. Va peraltro segnalato che la definizione in via normativa dei LEA non significhi, automaticamente, la loro effettiva attuazione, la quale dipenderà sia dalle scelte di carattere organizzativo adottate dalle regioni e dai soggetti erogatori, ma anche dai livelli effettivi di finanziamento che saranno assicurati. Su tale ultimo aspetto non vi è da essere tranquilli: a fronte infatti di una stima del costo complessivo delle nuove prestazioni previste dal Dpcm del 2017 pari a 771 milioni di euro (sulla base dei calcoli del Ministero della salute), altri hanno ritenuto che in verità il costo effettivo sia sui 3 miliardi di euro (così C. FASSARI, *Nuovi Lea. Quanto costano veramente?*, in *Quotidiano sanità* 8 luglio 2016, ripreso da M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza*, cit., p. 15).

⁶⁸ Come affermato da Corte cost. 5 aprile 2013, n. 62.

Contributi per facilitare l'applicazione degli interventi sociosanitari dei nuovi LEA, integrati con le attività sociali e riflessioni sulla definizione dei LEP sociali*

Anna Banchemo**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I punti di forza per realizzare l'intervento sociosanitario.

1. Premessa

Il convegno di studi organizzato dal CEIMS il 16/17 novembre 2017, *Il sociosanitario: una scommessa incompiuta*, ripropone un tema che per molti studiosi e operatori del sistema sanitario e sociale è davvero un'incompiuta. Perché un'incompiuta?... perché ad oggi ben pochi passi avanti sono stati fatti, prevalentemente perché si tratta di un sistema complesso, che risponde a bisogni altrettanto complessi e che non può essere quindi improvvisato né tanto meno basarsi su architetture casuali. L'intervento sociosanitario presuppone infatti capacità di analisi, competenze normative, capacità organizzative e interesse alla soluzione dei problemi e ciò viene richiesto non solo a chi opera, ma a coloro che sono titolari di ruoli politici, sia all'interno del servizio sanitario che alla guida delle amministrazioni locali e regionali.

* Intervento nella tavola rotonda "Modelli regionali? Esperienze e punti di vista a confronto" promossa all'interno del XV Convegno nazionale di diritto sanitario "Il sociosanitario: una scommessa incompiuta?", organizzato ad Alessandria, il 16-17 novembre 2017, dal Centro d'eccellenza interdipartimentale per il management sanitario (CEIMS) dell'Università del Piemonte Orientale, con il patrocinio della Società italiana di diritto sanitario (SoDiS). Contributo referato dalla Direzione della Rivista.

** Professoressa di Organizzazione del servizio sociale nell'Università di Genova.

Questa premessa, per sottolineare le difficoltà che si incontrano ad integrare attività e ruoli degli operatori di sistemi differenti che se non procedono *insieme* alla costruzione di percorsi facilitanti l'operatività integrata, vanificano le soluzioni sociosanitarie per dar vita a interventi diversi, che possono anche procedere insieme, ma non rispondono all'essenza dell'integrazione. Vediamo il significato del termine *integrare*: completare in maniera funzionale *attraverso opportune addizioni e compensazioni*, e ciò significa sul piano delle azioni completare segmenti di attività costruendo modelli operativi organici più idonei a risolvere i problemi della persona fragile, rispondendo ai dettati normativi e organizzativi di entrambi i sistemi.

2. I punti di forza per realizzare l'intervento sociosanitario

Per essere più concreti esistono punti di forza dell'operare in maniera integrata; la centralità su cui basare le azioni risolutive è il *progetto personalizzato* costruito dagli operatori sanitari e sociali "insieme", cioè con una lettura della realtà che viene fatta osservando la persona e valutandola secondo le proprie competenze, rivitalizzate da una discussione e da un approfondimento che nasce dall'interlocuzione di più culture: quella dei sistemi di cura e quella dei sistemi di aiuto alla persona, che tiene conto degli apporti che possono venire dalla persona stessa – quando è in grado di interloquire – o dai familiari che la supportano. Sembra tutto facile, ma di fatto non è così, iniziamo con il trovare un orario condiviso, ognuno ha i suoi impegni e spesso si conviene di dare una lettura dei fatti appena si può, poi si integrerà il quadro. Come si può capire sono due metodi completamente diversi, perché il primo si basa sull'interlocuzione/discussione tra conoscenze e competenze, il secondo diventa un riassunto delle impressioni/valutazioni di ciascuno.

Quanto evidenziato non è nemmeno il problema maggiore, perché a monte ne esistono altri ben più gravi che partono dagli indirizzi *politico-gestionali* di ciascun Ente. Se una regione non regola i processi di integrazione sul piano programmatico, economico-finanziario e gestionale, non esiste un quadro di riferimento per chi opera nel sanitario e nel sociale ed ecco che ciascuno improvvisa modelli. Regolare i processi di integrazione sociosanitaria significa dare un giusto rilievo alla materia osservando regole organizzative e amministrative. Ripercorrendo le norme che fissano il quadro dell'integrazione troviamo il DPCM 229/99 (articolo 3-*septies*, quindi il DPCM 14 febbraio 2001 che attua gli indirizzi del 229, si inserisce poi tra i due provvedimenti anche la legge 328/2000 (Legge quadro sugli interventi e servizi sociali) che indica le grandezze territoriali compatibili per poter attuare gli interventi sociosanitari, infatti all'articolo 8 prevede addirittura "incentivi" ai Comuni *per favorire l'esercizio associato delle funzioni sociali con ambiti territoriali coincidenti con i distretti sanitari*, in modo che vi sia una coincidenza territoriale che consente il dialogo politico, organizzativo e operativo. Osserviamo meglio gli elementi più strutturali della coincidenza territoriale:

1. esistenza di rapporto stabile tra Distretto sanitario e Comuni singoli o associati (o Zone sociali), che spesso, in base alla legislazione regionale, assumono anche la connotazione di Distretti Sociosanitari facilitando per i servizi l'adozione del modello a "rete," largamente sperimentato e consolidato;
2. individuazione di un Punto unico di accesso (PUA), o altro sistema comunque denominato in base all'esperienza delle singole regioni e province autonome, come luogo dove il cittadino può trovare in una stessa sede risposte ai suoi bisogni di informazione, e di assistenza sociosanitaria;
3. migliori opportunità per l'emanazione di atti programmatori locali, in relazione alla normativa vigente¹ (Programma delle Attività Territoriali – PAT – e Piani sociali di Ambito/Zona) che condividano Obiettivi di Salute per la popolazione di riferimento e quindi facilitino le attività di cura, riabilitazione e reinserimento nella vita sociale in termini di *continuità assistenziale* per le diverse fasi della vita;
4. presa in carico personalizzata attraverso un *assessment* che comprenda la valutazione delle diverse dimensioni: patologia, risorse personali, sociali e familiari, aspetti reddituali, etc.;
5. elaborazione di un Piano Assistenziale personalizzato che in base all'età e alle condizioni della persona presa in carico, possa divenire anche un "*piano di vita*", per rispondere ai bisogni delle diverse fasi di età, cui applicare *budget di salute* costruiti in base ai livelli di gravità/complessità della persona;
6. utilizzo di scale validate, con la prospettiva di un "set minimo" da condividere a livello nazionale, per la valutazione/classificazione dei gradi di fragilità e non autosufficienza. Per le persone con disabilità, ha valore come punto di riferimento anche la *Convenzione ONU per i Diritti dei disabili* che raccomanda il "*pieno accesso alle cure per tutte le persone con disabilità*", rispettando l'approccio *bio-psico-sociale* e la garanzia per il disabile di realizzare il progetto di vita adulta all'interno e all'esterno della famiglia;
7. in materia di riabilitazione/reinserimento sociale, devono essere individuati percorsi che prendano in carico la persona dalla prevenzione, alla cura, al recupero funzionale al reinserimento nella vita sociale;
8. adozione di Cartelle assistenziali/cliniche informatizzate, per garantire la comunicazione tra i diversi setting assistenziali ed una visualizzazione immediata delle situazioni anche per facilitare il passaggio tra i "*setting*";
9. nel rispetto dell'afferenza ai rispettivi fondi, stabilire per i progetti sociosanitari dotazioni finanziarie miste: "*budget di salute*" (fondi sanitari, sociali, concorso della persona/famiglia, fondi integrativi), per agevolare i processi di cura e recupero anche nel caso di scelte di tipo residenziale, sburocratizzando al massimo i processi amministrativi.

¹ Dlgs 229/99, Dpcm 14.02.2001, DPCM 12 gennaio 2017, leggi regionali, Piani e Progetti ministeriali, regionali e locali, etc.

Come si può rilevare sono tutti passaggi conosciuti e codificati ma non è facile la loro osservanza contemporanea o perché mancano le conoscenze, o non si verificano contemporaneamente tutte le condizioni o perché Regioni, ASL e Comuni disattendono l'applicazione delle norme o ancora l'interesse per questi problemi non è tale da imporre comportamenti virtuosi e si realizza quanto è indicato nel titolo del Convegno citato in premessa: *il sociosanitario una scommessa incompiuta*.

Tra gli elementi sopra descritti, c'è una difficoltà che spesso impedisce il riconoscimento dei diritti "sociali," perché ci troviamo di fronte ad una mancata definizione dei *livelli essenziali delle prestazioni sociali* da parte del Governo, cui hanno risposto tentativi delle regioni in accordo con il MLPS² di riordinare le diverse prestazioni assistenziali locali analizzandone i contenuti e raggruppandole in aree omogenee che potevano precedere i LEP sociali.

Questa è stata la strada percorsa: nel 2008, quando il discorso su federalismo fiscale è diventato più pressante, dopo l'approvazione della legge 5 maggio 2009, n. 42, "*Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione*", per giungere ad una valutazione finanziaria sul costo dei servizi, anche in relazione alla soppressione dei Fondi nazionali e all'individuazione di criteri per articolare il Fondo di perequazione, la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali hanno iniziato ad operare secondo quanto indicato dal Decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68 "*Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario*".

Attraverso studi e approfondimenti oltre alla rilevazione della spesa sociale e alla valutazione dei fabbisogni per giungere ai costi standard, è stato preso a riferimento l'articolo 22, comma 4, della legge 328/2000 e si sono individuati i *servizi sociali maggiormente diffusi sul territorio nazionale*, da consolidare in ciascun ambito territoriale:

- a) servizio sociale professionale e segretariato sociale per informazione e consulenza al singolo e ai nuclei familiari;
- b) servizio di pronto intervento sociale per le situazioni di emergenza personali e familiari;
- c) assistenza domiciliare;
- d) strutture residenziali e semiresidenziali per soggetti con fragilità sociali;
- e) centri di accoglienza residenziali o diurni a carattere comunitario.

Per arrivare a questo risultato un primo e importante passo da parte delle regioni è stata la codifica, in accordo con il MLPS ed il MEF³, del *Nomenclatore Interregionale degli Interventi e dei Servizi Sociali* ai fini di esigenze conoscitive e di informazioni attendibili, in pratica i servizi di maggior rilievo sopra richiamati, sono stati classificati seguendo le indicazioni della legge 328/2000, in maniera tale da semplificare le diverse denominazioni attribuite da

² Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

³ Ministero Economia e Finanze.

Comuni e Regioni e ne sono stati valutati i contenuti omogenei, in modo da giungere a quanto auspicato dalla stessa legge Quadro del 2000: un *Sistema Informativo dei Servizi Sociali*, conforme alle classificazioni dei servizi già adottate anche a livello europeo.

Il Nomenclatore Nazionale delle prestazioni e degli interventi sociali, approvato dai Presidenti delle Regioni il 29 ottobre 2009 e aggiornato sul piano delle terminologie e dei contenuti nel 2014, ha provveduto ad un raggruppamento delle prestazioni definendo le macro aree, come sotto specificate, al cui interno sono individuati “obiettivi di servizio” recepiti anche dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e inseriti nei riparti del Fondo Nazionale Politiche Sociali per il triennio 2014/2017. Il termine “obiettivi di servizio” ha seguito la terminologia europea per specificare le attività condotte all’interno di quella determinata macro area:

ACCESSO E PRESA IN CARICO	
Comprendenti tra l'altro:	Servizio sociale professionale, Segretariato sociale, Servizi per i minori tra cui affidato, adozione, mediazione familiare e interventi di sostegno alla genitorialità.
INTERVENTI E MISURE PER L'ASSISTENZA DOMICILIARE E IL SOSTEGNO EDUCATIVO	
Comprendenti tra l'altro:	Assistenza domiciliare socio-assistenziale, ADI integrata, sostegni diversi per domiciliarità: pasti, lavanderia, buon vicinato, gruppi di auto aiuto, forme di sostegno economiche per anziani e adulti in difficoltà, teleassistenza e telesoccorso, interventi per favorire l'autonomia personale, sostegno socio educativo domiciliare e territoriale.
NIDI E SERVIZI INTEGRATIVI PER LA PRIMA INFANZIA	
Comprendenti tra l'altro:	Asili Nido, servizi integrativi e innovativi per la prima infanzia, anche con contributi erogati alla famiglia per l'accesso ai nidi e ai servizi integrativi.
SERVIZI TERRITORIALI A CARATTERE RESIDENZIALE E SEMIRESIDENZIALE PER LE FRAGILITÀ	
Comprendenti tra l'altro:	Presidi residenziali socio-assistenziali e integrati sociosanitari, sostegno economico al pagamento delle tariffe sociali e i e sociosanitarie; Centri diurni semi-residenziali sociosanitari e socio-riabilitativi, anche con sostegno finanziario ai costi delle tariffe; Centri diurni di protezione sociale, anche con sostegno economico ai costi delle tariffe; Centri occupazionali e laboratori protetti.
INTERVENTI E MISURE PER FACILITARE INCLUSIONE E AUTONOMIA	
Comprendenti tra l'altro:	Interventi per integrazione sociale dei soggetti deboli o a rischio, contributi economici per facilitare avvio al lavoro, interventi economici e altre forme di aiuto per il reperimento di alloggi, servizi di mediazione culturale e sociale, distribuzione beni di prima necessità (pasti, medicinali, vestiario ecc.), aree attrezzate per nomadi e ROM, servizi per l'igiene personale, trasporto sociale e aiuti (anche sotto forma di contributi) per la mobilità. Attività ricreative e di socializzazione, Ludoteche, Centri di aggregazione sociale, Centri diurni estivi e Centri per le famiglie.
MISURE DI SOSTEGNO AL REDDITO	
Comprendenti tra l'altro:	Buoni spesa o buoni pasto, Contributi economici di integrazione del reddito, altre forme di contributi economici a titolo di prestito/prestito d'onore, contributi economici per alloggio, contributi economici per cure o prestazioni sanitarie, contributi per servizi alla persona, contributi per i servizi scolastici.

Le definizioni esposte sono state riconosciute anche dalla Conferenza Unificata (Stato, Regioni e Comuni) con l'Accordo del 7 maggio 2015.

Le azioni descritte indicano un percorso che può essere utilizzato per la definizione dei LEP sociali perché in base al disposto dell'art. 22, comma 4, della legge 328/2000, fissa i servizi già regolati dalle regioni e dai Comuni e funzionanti in ciascun ambito territoriale⁴, come interventi maggiormente e omogeneamente diffusi a livello nazionale. Si tratterebbe di un primo tentativo, anche a livello sperimentale, di riconoscere come livelli di assistenza le attività già presenti nei diversi territori, che con il Fondo Nazionale delle Politiche sociali, maggiormente consolidato anche con incrementi annuali (compatibili con la finanza pubblica), in accordo con Regioni e Comuni, potrebbero essere gradualmente potenziati (come del resto è avvenuto anche con gli ultimi riparti del Fondo Nazionale delle Politiche Sociali), partendo dai livelli meno consolidati. I livelli individuati andrebbero a completare l'unico LEP esistente in campo sociale, il REI (reddito di inclusione) approvato nel 2016/17.

La strada intrapresa non sarebbe differente da quella della dei LEA in sanità, che sono partiti da attività esistenti ed il loro perfezionamento ad oggi ha richiesto più di dieci anni di lavoro e di aggiustamenti operativi che hanno portato a livelli più completi e moderni, declinati nel DPCM del gennaio 2017. Sarebbe utile, quindi, che il Governo potesse procedere celermente anche ad una prima individuazione del LEP sociali seguendo il percorso già avanzato e di cui si è dato conto nelle righe precedenti, anche per poter garantire, soprattutto alle categorie più deboli e fragili, un risposta unitaria in campo sociosanitario.

Consentire oggi un punto più avanzato nell'integrazione sociosanitaria, oltre a garantire i diritti dei più deboli, aprirebbe la strada a ciò che i provvedimenti del Terzo Settore hanno indicato come "*integrazione comunitaria*", con nuove prospettive di lavoro, facendo sinergia tra i finanziamenti per potenziare i servizi, gli investimenti per il Terzo Settore, quelli europei ed i programmi di Industria 4.0 (si pensi ad esempio alla Domotica per i non autosufficienti e disabili gravi). Le diseguaglianze aumentano e con esse la fragilità dei più deboli, forse è utile a questo proposito richiamare il rapporto di Jacques Delors, dove l'attenzione alla persona è un obiettivo da perseguire per *cittadini che vogliono abitare responsabilmente il mondo* e prendersi cura dei più deboli è da considerarsi un bene comune anche da economisti (a partire da Amartya Sen) che considerano il miglioramento delle condizioni di vita, come motore che diminuisce le diseguaglianze aumenta la produttività e quindi lo stesso reddito nazionale.

Nella tabella che segue, utilizzando le ipotesi sui raggruppamenti dei servizi sociali descritte, si è effettuata un'analisi dei contenuti dei nuovi Lea, (DPCM 12 gennaio 2017 e per l'area sociosanitaria si è individuata l'integrazione operativa tra le prestazioni sanitarie e le

⁴ Servizio sociale professionale e segretariato sociale per informazione e consulenza al singolo e ai nuclei familiari; servizio di pronto intervento sociale per le situazioni di emergenza personali e familiari; assistenza domiciliare; strutture residenziali e semiresidenziali per soggetti con fragilità sociali; centri di accoglienza residenziali o diurni a carattere comunitario.

corrispondenti prestazioni sociali, per esemplificare il significato di una concreta integrazione, che consente di erogare un sociosanitario avanzato e contemporaneamente offre lo spunto per una prima individuazione dei LEP sociali.

LIVELLI ESSENZIALI DI ASSISTENZA SOCIO-SANITARIA (DPCM 12/01/2017)	PRESTAZIONI	SERVIZI SOCIALI E SOCIALI A RILIEVO SANITARIO (*)	PRESTAZIONI (obiettivi di servizio)
Punto Unico di Accesso/Sportello integrato/Sportello di cittadinanza	Cura l'accesso alle Prestazioni sanitarie di base e socio-sanitarie. Provvede ad orientare le persone e a fornire risposte a bisogni "semplici". Se necessario (casi complessi) provvede alla segnalazione ai servizi specialistici ambulatoriali domiciliari e residenziali per la valutazione multidimensionale.	Servizi per l'accesso e la presa in carico	Segretariato Sociale: provvede ad accoglienza, orientamento, informazione e consulenza. Si rapporta con gli altri punti della rete sociale e sociosanitaria. Disponibilità di mediatori culturali ove necessaria per i cittadini stranieri extracomunitari con o senza il permesso di soggiorno.
Servizio Sociale Professionale	Opera, prevalentemente "per la presa in carico" di tipo sociale, all'interno dei servizi Materno infantili, Anziani, Disabili, Salute mentale e Dipendenze e nelle sedi Ospedaliere. Svolge anche attività di progettazione.	Servizi per l'accesso e la presa in carico	Servizio Sociale Professionale: opera all'interno della rete dei servizi sociali per la presa in carico delle persone che presentano bisogni di aiuto e accompagnamento, raccordandosi con il Servizio Sociale presente nelle ASL. Provvede anche ad aspetti organizzativi, di amministrazione e di progettazione dei servizi.
Cure domiciliari prestazionali. (art.23)	Prestazioni professionali in risposta a bisogni sanitari di tipo medico, infermieristico e/o riabilitativo che, anche se ripetuti nel tempo, non richiedono presa in carico del paziente, né valutazione multidimensionale.	Servizi e misure per favorire la permanenza a domicilio	Interventi di supporto familiare (se richiesti)

<p>Cure Domiciliari (art. 23)</p>	<p>Cure domiciliari integrate (ADI) Insieme organizzato di trattamenti medici, infermieristici e di aiuto infermieristico, riabilitativi, integrati con aiuto sociale, prestati da personale qualificato per stabilizzare il quadro clinico, limitare il declino funzionale e migliorare la qualità della vita, assicurando continuità tra trattamenti ospedalieri e domicilio. Il bisogno clinico, funzionale/sociale è accertato tramite strumenti di valutazione multidimensionale che consentano la definizione del Programma di Assistenza Individualizzato (PAI). I trattamenti medico, infermieristici, riabilitativi e tutelari comprendono anche erogazione di farmaci, analisi cliniche e altra diagnostica, presidi protesici, sanitari e di carattere integrativo (es: alimentazione particolare). Le prestazioni si articolano con continuità assistenziale, in base al CIA (coefficiente intensità assistenziale) con diversi livelli di intensità, fino ad un massimo 6/7 giorni settimanali.</p> <p>Le prestazioni di assistenza tutelare professionale e aiuto infermieristico alla persona sono a interamente a carico del SSN per i primi 30 giorni dopo la dimissione ospedaliera protetta. Successivamente sono a carico del SSN per il 50%.</p> <p>Le cure domiciliari, sono attivate dal MMG, dai Servizi Sociali e dai familiari secondo le indicazioni regionali. Seguono un proprio iter i protocolli di dimissioni ospedaliere protette. Il MMG è coinvolto in tutto il processo assistenziale ed è responsabile dei processi di cura.</p>	<p>Servizi e misure per favorire la permanenza a domicilio</p>	<p>Interventi per supportare la domiciliarità: aiuto domestico familiare (preparazione pasti, igiene della casa, acquisto derrate alimentari e altre commissioni) Interventi economici per favorire l'autonomia personale e sostenere la persona a domicilio (pagamento utenze, lavori manutentivi all'alloggio, etc)</p> <p>Aiuto personale di base a favore di persone parzialmente o totalmente non autosufficienti, per lo svolgimento di funzioni della vita quotidiana (compreso igiene personale), escludendo interventi sociosanitari professionali erogati dal sistema sanitario.</p> <p>Pronto intervento sociale per supportare la domiciliarità: prestazioni di assistenza e controllo domiciliare per casi di "emergenza sociale" collocati nell'ambito dei servizi di prossimità o nelle cure domiciliari (Possono agire come attività di sorveglianza nei periodi di ondate di calore/freddo)</p>
--	---	---	--

<p>Cure Palliative (art.23)</p>	<p>Cure Palliative domiciliari, rivolte a persone con patologie ad andamento cronico evolutivo in base alla legge 38/2010 con protocolli formalizzati all'interno della Rete le caratteristiche di presa in carico (del paziente e dei familiari), la valutazione multidimensionale e il progetto assistenziale. Sono articolate su due livelli (base e specialistico in base alla complessità dei bisogni) in relazione al livello di complessità del paziente. Le cure palliative sono erogate anche a favore dei malati terminali (oncologici e non), sono programmate sui 7 giorni settimanali e per i casi particolarmente complessi è prevista la disponibilità medica sulle 24 ore.</p>	<p>Servizi e misure per favorire la permanenza a domicilio</p>	<p>Interventi di supporto familiare (se richiesti)</p>
<p>Assistenza socio-sanitaria ai minori, alle donne, alle coppie, alle famiglie. (Art.24)</p>	<p>Prestazioni domiciliari, medico specialistiche, diagnostiche, terapeutiche, ostetriche, psicologiche, psicoterapeutiche e riabilitative in termini di consulenza per la coppia, la genitorialità, la procreazione responsabile, la gravidanza, il puerperio, la nascita, i minori, gli adolescenti, ivi comprese consulenze e trattamenti psicologici e psicoterapeutici (anche in collaborazione con istituzioni scolastiche) Assistenza anche psicologica per maltrattamenti, incluso il bullismo, abusi e violenze di genere e sessuali. Collaborazione con PDLS e MMG.</p>	<p>Servizi per la prima infanzia e servizi territoriali comunitari</p>	<p>Interventi per supportare la coppia, la famiglia, la donna, il minore e l'adolescente: prestazioni a carattere socio-educativo domiciliare, prestazioni di aiuto economico e supporto alloggiativo. Prestazioni di supporto sociale alle istituzioni scolastiche. Prestazioni sociali in materia di affidamento e adozioni (anche internazionali). Collaborazione con i Tribunali per i minori e le Prefetture. Prestazioni di aiuto e supporto sociale ai minori e adolescenti per contrastarne l'abuso e la violenza. Prestazioni di aiuto e supporto sociale per contrastare abusi e violenza di genere (leggi 66/94, 38/2009, 119/2013)</p>

<p>Assistenza socio sanitaria ai minori con di- sturbi in ambito neuro psichiatrico e del neuro- sviluppo. (art.25)</p>	<p>Individuazione precoce dei disturbi, collegamento con le strutture ospedaliere e i Pediatri, valutazione diagnostica multidisciplinare e psicoterapeutica, abilitazione e riabilitazione, interventi psicoeducativi in collegamento con la scuola e di supporto alle autonomie quotidiane. Supporto e orientamento alla famiglia per le terapie e la riabilitazione. collegamento con le istituzioni scolastiche, collegamento con i servizi per le Dipendenze e con la Salute Mentale, etc.</p>	<p>Servizi per la prima infanzia e servizi territoriali comunitari</p>	<p>Interventi sociali di supporto alla famiglia e al minore. Supporto alle istituzioni scolastiche e altri interventi a carattere sociale come indicati al precedente paragrafo.</p>
<p>Assistenza socio sanitaria alle persone con disturbi mentali. (art. 26)</p>	<p>Individuazione precoce dei disturbi, collegamento con le strutture ospedaliere e i Pediatri, valutazione diagnostica multidisciplinare, definizione e attuazione di un programma terapeutico, ivi compresa prescrizione e distribuzione terapie farmacologiche, psicoterapia individuale, di coppia, familiare, di gruppo), interventi di supporto alla famiglia, interventi per favorire il recupero dell'autonomia e per l'inserimento sociale e lavorativo, etc. collegamento con i servizi per i minori (continuità assistenziale) e con i servizi per le Dipendenze.</p>	<p>Misure per l'in- clusione sociale e sostegno al reddito</p>	<p>Interventi di supporto sociale, di promozione e supporto per l'inserimento sociale e lavorativo. Altre prestazioni di aiuto sociale che agevolino l'inserimento/reinserimento sociale della persona con disturbi mentali.</p>

<p>Assistenza sociosanitaria alle persone con disabilità. (art. 27)</p>	<p>Valutazione diagnostica multidisciplinare, definizione e attuazione di un programma terapeutico, riabilitativo personalizzato, ivi comprese le terapie farmacologiche, psicoterapia, supporto alla famiglia, abilitazione e riabilitazione delle funzioni compromesse, supporto alla famiglia. Collegamento e collaborazione con le strutture ospedaliere specialistiche, Pediatri e MMG. Supporto per l'utilizzo di protesi e ausili che favoriscano il recupero dell'autonomia. Supporto all'inserimento sociale, scolastico e lavorativo, secondo la legge 104/1992.</p>	<p>Misure per l'inclusione sociale e sostegno al reddito</p>	<p>Interventi di supporto sociale, di promozione e supporto per l'inserimento sociale e lavorativo. Altre prestazioni di aiuto sociale che agevolino l'inserimento/reinserimento sociale della persona con disabilità.</p>
<p>Assistenza sociosanitaria alle persone con dipendenze patologiche. (art. 28)</p>	<p>Accoglienza e valutazione diagnostica multidisciplinare, definizione e attuazione di un programma terapeutico di recupero, somministrazione di terapie farmacologiche sostitutive, psicoterapia, supporto alla famiglia, promozione gruppi di sostegno per familiari e persone con dipendenze patologiche (incluso il gioco d'azzardo e le dipendenze dalle tecnologie). Collaborazione con le strutture ospedaliere, con i servizi di Salute Mentale e Servizi per i minori, con Pediatri e MMG. Supporto per la scuola, supporto alla famiglia. Supporto per il reinserimento sociale, scolastico e lavorativo, Specifici interventi per detenuti con dipendenza.</p>	<p>Misure per l'inclusione sociale e sostegno al reddito</p>	<p>Interventi di supporto sociale e di promozione al reinserimento sociale, scolastico e lavorativo. Interventi di supporto sociale alla famiglia.</p>

<p>Assistenza residenziale extra-ospedaliera ad elevato impegno sanitario. (art. 29)</p>	<p>Il SSN garantisce trattamenti residenziali intensivi di cura e mantenimento funzionale ad elevato impegno sanitario alle persone con patologie non acute che presentano livelli di complessità, instabilità clinica e necessità di supporto alle funzioni vitali e/o con gravissima disabilità che necessitano anche di continuità assistenziale, pronta disponibilità medica e presenza infermieristica nelle 24 ore (anche con il ricorso alla telemedicina e al teleconsulto). La durata del trattamento è fissata dalle Regioni e Province Autonome. A totale carico del SSN.</p>		<p>Eventuale supporto dei servizi domiciliari per il rientro a domicilio</p>
<p>Assistenza sociosanitaria residenziale e semiresidenziale alle persone non autosufficienti. (art. 30)</p>	<p>Trattamenti estensivi di cura e recupero funzionale a persone non autosufficienti che richiedono elevata tutela sanitaria e continuità assistenziale (di norma non superiori ai 60 gg.) A carico del SSN. Trattamenti estensivi di lungoassistenza, recupero e mantenimento (compresi interventi di sollievo), riorientamento in ambiente protesico, etc. per persone non autosufficienti o affette da demenza. 50% a carico del SSN. Trattamenti semiresidenziali (diurni) di cura e recupero funzionale, riorientamento in ambiente protesico, etc. a persone non autosufficienti richiedenti bassa tutela sanitaria. 50% a carico del SSN.</p>	<p>Misure per l'inclusione sociale e sostegno al reddito</p> <p>Servizi territoriali a carattere residenziale per le fragilità</p>	<p>Concorso alla spesa per la quota sociale a favore di e persone adulte prive di reddito</p> <p>Strutture residenziali di accoglienza sostitutive delle cure familiari, quali Comunità alloggio, Alloggi protetti, Centri diurni di tipo socializzante, etc. con erogazione di assistenza alla persona di carattere alberghiero. Assistenza sanitaria a carico del SSN.</p>

<p>Assistenza sociosanitaria residenziale alle persone in fase terminale della vita. (art.31)</p>	<p>La rete delle Cure Palliative garantisce alle persone in fase terminale della vita per malattie progressive a prognosi infausta un complesso integrato di trattamenti residenziali (Hospice) per il controllo del dolore, ivi compresa la nutrizione artificiale, l'idratazione ed il sostegno psicologico e spirituale nonché il sostegno alla persona e alla famiglia nell'accompagnamento alla morte e l'elaborazione del lutto.</p>		<p>Se necessario. eventuale supporto del Servizio Sociale</p>
<p>Assistenza sociosanitaria residenziale e semiresidenziale a minori con disturbi in ambito neuropsichiatrico e del neurosviluppo. (art. 32)</p>	<p>Trattamenti terapeutici residenziali e semiresidenziali nei confronti di minori con disturbi neuropsichiatrici e del neurosviluppo, comprensivi di presa in carico valutazione multidimensionale e diversi livelli di intensità terapeutico-riabilitativa. In base al supporto del contesto familiare i trattamenti sono forniti anche in regime semiresidenziale. <u>A totale carico del SSN.</u></p>	<p>Servizi per la prima infanzia e servizi territoriali comunitari</p>	<p>Supporto per facilitare il reinserimento sociale e scolastico del minore</p>
<p>Assistenza sociosanitaria residenziale e semiresidenziale alle persone con disturbi mentali. (art. 33)</p>	<p>Sono garantite cure e riabilitazione alle persone con disturbi mentali previa presa in carico, valutazione multidimensionale e piano terapeutico individualizzato in strutture con diversa intensità assistenziale (alta intensità, a carattere estensivo e trattamenti socioriabilitativi). In base all'intensità di trattamento variano i requisiti di personale. Sono garantiti per il livello intensivo ed estensivo anche i trattamenti semiresidenziali. <u>Sono a totale carico del SSN</u> trattamenti <u>intensivi</u> ed <u>estensivi</u>, mentre i trattamenti socioriabilitativi sono a carico del SSN per il 40% della tariffa giornaliera.</p>	<p>Misure per l'inclusione sociale e sostegno al reddito</p>	<p>Supporto per il reinserimento sociale e lavorativo, in relazione al reddito, concorso alla componente sociale della tariffa socioriabilitativa.</p>

Allocazione delle risorse e politiche sociosanitarie: per un approccio giuscontabile nella spesa “costituzionalmente necessaria”*

Carlo Chiappinelli**

SOMMARIO: 1. Possibile un approccio giuscontabile? – 2. La riforma dei bilanci dello Stato e delle Regioni: la classificazione per missioni e programmi. – 3. Bilanci regionali e legislazione sociosanitaria: prime riflessioni. – 4. Il ruolo del controllo e le nuove prospettive del sistema.

1. Possibile un approccio giuscontabile?

Le riflessioni che seguono mirano, nella complessità della tematica affrontata nel convegno, ad una possibile lettura del fenomeno sociosanitario basata sulla rilevazione di dati contabili-finanziari, alla luce della riforma dei bilanci dello Stato e delle Regioni, ora impostati sulla classificazione per missioni e programmi.

Si tratta evidentemente di una angolazione in parte nuova e non scevra di difficoltà sia sistematiche sia soprattutto operative, ma che intende corrispondere ad una esigenza sempre più avvertita, che è quella di ricondurre interventi e politiche ad elementi concretamente rilevabili nelle diverse realtà territoriali e nelle interazioni anche tra livelli di governo diversi.

* Relazione al XV Convegno nazionale di diritto sanitario “Il sociosanitario: una scommessa incompiuta?”, organizzato ad Alessandria, il 16-17 novembre 2017, dal Centro d’eccellenza interdipartimentale per il management sanitario (CEIMS) dell’Università del Piemonte Orientale, con il patrocinio della Società italiana di diritto sanitario (SoDiS). Contributo referato dalla Direzione della Rivista.

** Presidente di sezione della Corte dei conti.

In questo approccio va segnalato, quel “nesso di proporzionalità” tra risorse assegnate e funzioni esercitate su cui è di recente intervenuta la stessa Corte costituzionale (cfr. Corte Cost. n. 169/2017). In particolare la Corte ha affermato che “la programmazione e la proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate sono intrinseche componenti del «principio del buon andamento [il quale] – ancor più alla luce della modifica intervenuta con l’introduzione del nuovo primo comma dell’art. 97 Cost. ad opera della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale) – è strettamente correlato alla coerenza della legge finanziaria», per cui «organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate [...] in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente diventa fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell’amministrazione, cui lo stesso legislatore si deve attenere puntualmente» (cfr. anche sentenza n. 10 del 2016)”.

È possibile, in quali termini, e con quali prospettive, operare siffatte rilevazioni nella articolata e complessa¹ realtà delle politiche e delle prestazioni sociosanitarie, nel non sempre nitido raccordo tra qualificazioni normative² e concrete esperienze? È corretto, in sostanza, percorrere un approccio giuscontabile nell’affrontare la problematica del sociosanitario – nelle intersezioni tra interventi più strettamente funzionali alla tutela del diritto alla salute e quelli più specificamente mirati alla tutela di diritti di assistenza sociale delle persone in difficoltà³ – contribuendo ad individuarne oggetto, confini, intrecci in una dimensione più saldamente ancorata al dato contabile-finanziario?

In questa direzione, senza soffermarsi sulle pure prioritarie riflessioni sul nucleo sociale del diritto alla salute scolpito nell’art. 32 Cost., con il riferimento alla indigenza come parametro per la gratuità delle cure, e sulle diverse suggestioni poste dal quadro costituzionale⁴, c’è da chiedersi specificamente quale contributo può attendersi dalla riforma dei

¹ Complessità oggi da considerare anche nel contesto sovranazionale: cfr. E. CARUSO, *L’evoluzione dei servizi sociali alla persona nell’ordinamento interno ed europeo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2017, 5, p. 1115; ivi ampi richiami bibliografici. Non si intende in questo intervento affrontare la tematica della elaborazione di servizio sociale o di diritto sociale; cfr. V. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in *Dir. econ.*, 2004, p. 97.

² Qualificazioni normative che sembrerebbero invece ispirate, almeno originariamente, ad una netta distinzione dal sistema previdenziale e da quello sanitario. Cfr. art. 1 della legge quadro 8 novembre 2000, n. 328 che si riferisce alle «attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia».

³ Va anche sottolineato il progressivo ampliamento delle prestazioni sociosanitarie a tutela di soggetti deboli nella definizione dei LEA (DPCM del novembre 2001 e DPCM del gennaio 2017) e conseguentemente dell’area dei servizi e delle prestazioni sociali. In dottrina, con particolare attenzione ai nessi con il coordinamento finanziario, B. VIMERCATI, *L’aggiornamento dei LEA e il coordinamento della finanza pubblica nel regionalismo italiano: il doppio intreccio dei diritti sociali*, in *Le Regioni*, 1-2, 2017.

⁴ La considerazione dei servizi sociali quale principale strumento per il perseguimento dell’eguaglianza sostanziale è tuttora di particolare attualità, ma ha da sempre interessato la dottrina; cfr. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione*

bilanci dello Stato e delle Regioni (oltre che dei Comuni), ed in particolare dalla innovativa classificazione per missioni e programmi.

2. La riforma dei bilanci dello Stato e delle Regioni: la classificazione per missioni e programmi

Una breve premessa concerne l'approfondimento delle ricadute in termini di politiche pubbliche in relazione alla impostazione di bilancio per *missioni e programmi*⁵, introdotta, per lo Stato a partire dalla legge di bilancio 2008, sulla scia della *loi organique de finances* del 2001 al fine di rendere più trasparenti e significative le voci di bilancio dirette all'attuazione delle politiche pubbliche ed ora estesa anche ai bilanci degli enti territoriali nel quadro della armonizzazione. Le missioni rappresentano le funzioni principali e gli obiettivi strategici perseguiti con la spesa. La classificazione del bilancio per missioni e programmi ha consentito una strutturazione in senso funzionale delle voci di bilancio, volta a mettere in evidenza la relazione tra risorse disponibili e finalità delle politiche pubbliche, anche al fine di rendere più agevole l'attività di misurazione e verifica dei risultati raggiunti con la spesa pubblica. Con riferimento ai programmi di spesa, si ricorda che il D. Lgs. 12 maggio 2016, n. 90 – attuativo della delega contenuta all'articolo 40, comma 1, della legge di contabilità, finalizzata al completamento della riforma della struttura del bilancio dello Stato in senso funzionale – ha recato numerose modifiche agli articoli della legge di contabilità che disciplinano il bilancio di previsione dello Stato. In particolare, il decreto legislativo ha provveduto alla ridefinizione dei programmi di spesa, al fine di rafforzare la funzione allocativa delle risorse in relazione alle funzioni principali e agli obiettivi generali perseguiti attraverso la spesa pubblica e rendere più stringente il collegamento tra le risorse stanziare e le funzioni perseguite, stabilendo una piena corrispondenza tra le risorse e il livello amministrativo/responsabile con la previsione dell'affidamento di ciascun programma a un unico centro di responsabilità amministrativa. Tale principio costituisce altresì criterio di riferimento per avviare i processi di riorganizzazione delle amministrazioni, necessari per assicurare la significatività dei programmi del bilancio (articolo 21, comma 2-bis). La recente previsione (articolo 25-bis della legge di contabilità, introdotto dall'art. 2, comma 2 del D. Lgs. n. 90/2016), nel bilancio dello Stato, delle "azioni" come articolazione operativa dei programmi di spesa potrebbe costituire un presupposto determinante per

italiana, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 757.

⁵ L'adozione di comuni schemi di bilancio articolati in missioni e programmi coerenti con la classificazione economica e funzionale individuata dagli appositi regolamenti comunitari in materia di contabilità nazionale e relativi conti satellite, è prevista "al fine di rendere più trasparenti e significative le voci di bilancio dirette all'attuazione delle politiche pubbliche". Per la spesa, il bilancio si articola in missioni, che rappresentano le funzioni principali e gli obiettivi strategici, e in programmi, quali aggregati diretti al perseguimento degli obiettivi definiti nell'ambito delle missioni. Le unità di voto parlamentare sono costituite, per le entrate, dalle tipologie e, per la spesa, dai programmi.

analisi sempre più indirizzate ai risultati delle relative gestioni. L'introduzione delle "azioni" mira a rendere maggiormente leggibili le attività svolte, le politiche e i servizi erogati dai programmi di spesa, e a favorire il controllo. Va precisato che l'introduzione delle azioni non modifica le attuali unità di voto parlamentare, che restano i programmi⁶.

Con più specifico riferimento alla funzione di valutare le politiche pubbliche va considerato che un utile strumento è dato, proprio per queste finalità, dalla corretta predisposizione dei documenti contabili.

Sono note le pluralità di definizioni (polisemia) e di approcci, che la dottrina e l'esperienza offre in tema di analisi e valutazione delle politiche pubbliche, nelle diverse ottiche scientifiche, che portano ad approfondirne i "tasselli". È nota, soprattutto, la pluralità di approcci e metodologie – caratterizzate comunque da una elevata interdisciplinarietà – nell'approfondire "a monte" la razionalità delle scelte, nel seguirne la loro implementazione, nell'analizzarne "a valle" i loro effetti. In sintesi, la valutazione delle politiche si colloca *a latere* del processo decisionale pubblico (inquadrate nel suo complesso e, quindi, comprendente tanto l'elaborazione dei programmi pubblici quanto le relative decisioni attuative), completandone e integrandone lo svolgimento.

Senza entrare in questo ampio dibattito, va comunque osservato come la molteplicità di attori e di interessi da comporre nei processi decisionali porti a una maggiore complessità nell'azione pubblica. Tale fenomeno appare evidente sia in fase di elaborazione delle decisioni pubbliche, sia in quella della loro effettiva realizzazione, rilevando anche in sede di apprezzamento dei risultati e degli effetti complessivi dell'azione.

Appare evidente che l'analisi e la valutazione delle politiche sono funzionali alle scelte dei diversi "attori" coinvolti nella loro definizione e realizzazione (*in primis*, Esecutivi e Parlamenti), ma deve ovviamente finalizzarsi agli stessi destinatari delle politiche e, dunque, ai cittadini.

Sono evidenti, in relazione alle prospettive specifiche, le differenti finalità privilegiate, a seconda della utilizzazione nella fase decisionale (di elaborazione di una politica e delle decisioni, spesso risultanti da una pluralità di diversi soggetti) o attuativa (sia a livello provvedimentale che gestionale, con riguardo ai profili di razionalizzazione delle risorse umane e finanziarie).

Particolarmente vicina all'ottica del controllo è la finalità di *accountability* (nel senso di rendere conto anche alla collettività). In tal senso, le analisi di bilancio costituiscono essenziale presupposto: se esse non esauriscono certo la ampia gamma delle strumentazioni utili per conoscere gli effetti delle politiche pubbliche, ne possono però costituire una base ed un presupposto, in particolare per quelle politiche non regolative, ma a carattere distributivo, o che, più semplicemente, trovino sostegno ed individuazione nel bilancio.

⁶ Le azioni del bilancio dello Stato sono state individuate tramite Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 14 ottobre 2016.

È stata evidenziata⁷ la necessità che per sviluppare una concreta esperienza di valutazione delle politiche pubbliche, comparabile a quelle di altri Paesi, dovrebbero essere potenziate la sistematicità del ricorso alla valutazione e la stessa sua istituzionalizzazione, al fine di un migliore utilizzo nei processi decisionali. Le ragioni a sostegno di tale istituzionalizzazione si rinvengono, in primo luogo, nelle esigenze di equilibrio della finanza pubblica, che impongono una più attenta valutazione degli interventi e delle spese, e nella stessa complessità dei livelli decisionali conseguente ai percorsi di evoluzione sia nel senso dell'integrazione comunitaria che in chiave autonomistica.

Tale evoluzione richiede, necessariamente, informazioni comuni, coordinamento e cooperazione tra i vari livelli. A tal fine un ruolo tutt'altro che secondario riveste l'armonizzazione dei bilanci pubblici.

In questa ottica, assume primario spessore la nuova classificazione del bilancio dello Stato per *missioni* e *programmi*, a partire dalla legge di bilancio 2008. Come si è detto, la nuova impostazione appare intesa ad incentrare la decisione parlamentare sul profilo funzionale della spesa, nell'intento di consentire una migliore consapevolezza delle scelte allocative annuali, nel quadro di una complessiva programmazione, e di assicurare una maggiore trasparenza, attraverso l'individuazione di aggregati decisionali significativi della finalità perseguita.

L'architettura del nuovo bilancio costituisce un momento di riflessione nel processo di riforma della pubblica amministrazione e di razionalizzazione della contabilità pubblica. Negli stessi documenti governativi si afferma che la impostazione del bilancio dello Stato per *missioni* e *programmi* va riguardata soltanto come un punto di partenza di un processo di più vasta portata, le cui potenzialità di razionalizzazione della finanza pubblica richiedono adeguati approfondimenti.

Di particolare valenza appare la prospettiva di aggregare le missioni e i programmi, frutto della riclassificazione del bilancio dello Stato, in politiche pubbliche di settore e, per quanto qui interessa, in vista della compiuta attuazione degli obiettivi sociosanitari. Il primo significativo passo si riscontra attraverso la evidenziazione, nella "ricostruzione" finanziario-contabile, anche degli apporti finanziari di soggetti diversi dallo Stato, quali possono essere quelli della Unione europea e delle Autonomie territoriali.

Come si è già detto, essenziale appare il percorso di armonizzazione dei bilanci pubblici, che può sicuramente contribuire a migliorare il supporto conoscitivo anche per la valutazione delle politiche pubbliche.

In particolare, si segnala lo sviluppo della lettura dei bilanci preventivi e consuntivi: tale angolazione di taglio funzionale può strettamente collegarsi alla impostazione dei correlati documenti programmatici, cui pure la riforma contabile assegna una maggiore rilevanza.

⁷ I. BORRELLO, G. SALVEMINI, *Il ruolo della valutazione delle politiche pubbliche nella riforma amministrativa*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1999.

Si possono in tal senso sviluppare le potenzialità insite nei sistemi contabili, preordinate a consentire una valorizzazione del raccordo tra politiche e risorse.

Il percorso di armonizzazione dei bilanci pubblici può dunque sicuramente contribuire a migliorare il supporto conoscitivo anche per la valutazione delle politiche pubbliche sia in termini di leggibilità che in relazione alla loro sostenibilità finanziaria, anche con riguardo a quelle sociosanitarie.

In tale chiave di lettura, il controllo svolto dalla Corte dei conti su base territoriale dalle sezioni regionali, (anche nell'alimentare i referti delle sezioni centrali) verrebbe a rappresentare essenziale base conoscitiva per l'esercizio delle funzioni prefigurate sotto il profilo della valutazione delle politiche pubbliche. Attesa la loro non infrequente trasversalità, verrebbe altresì a valorizzarsi il ruolo di rappresentanza delle istituzioni territoriali e di raccordo tra livelli di governo diversi.

3. Bilanci regionali e legislazione sociosanitaria: prime riflessioni

Le dinamiche finanziarie e le problematiche della finanza sociosanitaria si incrociano a livello regionale con il processo di armonizzazione avviato con il decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, recante “*Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro enti ed organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42*”, e ss. mm. e ii.

Come è noto, il provvedimento detta regole finalizzate a garantire trasparenza e comparabilità dei dati di bilancio per gli enti territoriali, per gli enti ed organismi strumentali e per gli enti che operano nel settore sanitario.

Tra i profili di maggiore rilevanza si segnala che l'articolo 20 del D. Lgs. n. 118/2011 prevede l'obbligo, in capo alle regioni, di articolare i capitoli di contabilità finanziaria, sia nella sezione delle entrate che nella sezione delle uscite, in maniera tale da garantire un'esatta “perimetrazione” delle entrate e delle uscite relative al finanziamento del proprio Servizio Sanitario Regionale (SSR).

A tale perimetrazione deve corrispondere l'insieme delle operazioni da registrare, da parte della G.S.A.⁸, in contabilità economico-patrimoniale, in termini di ricavi/attività e costi/passività, anche al fine di consentire una confrontabilità immediata tra le risorse appostate nel bilancio regionale e quelle definite negli atti di assegnazione nazionali.

⁸ Di particolare rilievo sono gli aspetti problematici che riguardano i raccordi tra l'impostazione dei bilanci regionali, che pur nel nuovo assetto mantengono i profili della contabilità finanziaria, e quelli delle aziende e degli enti del SSR, in contabilità economica, cui la nuova disciplina intende predisporre adeguate soluzioni attraverso l'istituzione della Gestione Sanitaria Accentrata (GSA), con lo specifico compito di elaborare ed adottare il bilancio di esercizio della GSA presso la regione; redigere il bilancio sanitario consolidato con riconciliazione e raccordo tra le poste iscritte in termini di contabilità economico-patrimoniale e contabilità finanziaria.

Per “*finanziamento sanitario ordinario corrente*” deve intendersi, a norma dell’art. 20 del D. Lgs. 23 giugno 2011, n. 118, quello derivante dalle fonti di finanziamento definite nell’atto formale di determinazione del fabbisogno sanitario regionale standard (il Fondo Sanitario Regionale - FSR) e di individuazione delle relative fonti di finanziamento assegnate alla regione, ivi compresa la mobilità attiva extraregionale programmata per l’esercizio. Nel dettaglio, il FSR è costituito dal:

Finanziamento Indistinto (FSR indistinto), attualmente calcolato come differenza tra il fabbisogno complessivo e il finanziamento vincolato;

Finanziamento Vincolato (FSR vincolato), specificatamente destinato al finanziamento di funzioni/obiettivi sanitari.

Per “*finanziamento sanitario aggiuntivo corrente*” deve intendersi quello derivante da atti regionali di incremento di aliquote fiscali per il finanziamento della sanità regionale; da automatismi fiscali intervenuti ai sensi della vigente legislazione in materia di copertura dei disavanzi sanitari programmati dell’esercizio; altri atti di finanziamento regionale aggiuntivo, ivi compresi quelli di copertura dei maggiori costi per l’erogazione dei LEA; di erogazione dei livelli di assistenza superiori rispetto ai LEA; da *pay back*⁹; da iscrizione volontaria al Servizio sanitario nazionale¹⁰.

Per “*finanziamento regionale del disavanzo sanitario pregresso*” si intende quello derivante da atti regionali di copertura delle perdite rilevate negli esercizi precedenti e relativi a:

- misure fiscali conseguenti a manovre regionali per il ripianamento del disavanzo pregresso;
- automatismi fiscali intervenuti ai sensi della vigente legislazione in materia di copertura dei disavanzi sanitari (articolo 1, comma 174, della legge 311/2004 e s.m.i.);
- destinazione di appositi stanziamenti nei capitoli del bilancio regionale;
- eventuale destinazione del risultato positivo d’esercizio degli enti del SSR, così come previsto dall’articolo 30 del D. Lgs. 118/2011;
- finanziamenti integrativi a carico del bilancio dello Stato ove previsti dalla legislazione nazionale vigente.

La GSA rileva gli effetti economico-patrimoniali generati, da una parte, dall’assegnazione delle risorse derivanti dal provvedimento di copertura del disavanzo, dall’altra, dalla ripartizione di tali risorse per la copertura delle perdite delle aziende.

⁹ In termini di spesa, il *pay back* rientra nella spesa sanitaria ordinaria corrente per il finanziamento dei LEA.

¹⁰ A titolo esemplificativo, rientrano in questa categoria di finanziamento, tutti i trasferimenti e i contributi diversi dal finanziamento sanitario ordinario corrente, provenienti da Enti Pubblici, per i quali la GSA rileva gli effetti economico-patrimoniali derivanti, da una parte, dall’assegnazione delle risorse derivante da atti e provvedimenti regionali, dall’altra, dalla ripartizione di tali risorse a favore delle aziende. A norma dell’art. 29 del D. Lgs. 118/11, comma 1, lett. j), la contabilizzazione di tali operazioni deve avvenire in maniera analoga a quanto previsto per la rilevazione delle somme di parte corrente assegnate alle regioni, a titolo di finanziamento ordinario del Servizio sanitario nazionale, in base ad atti formali/provvedimenti riferiti alla fase dell’individuazione delle risorse destinate al finanziamento sanitario aggiuntivo corrente, all’assegnazione delle risorse alla GSA ed alla destinazione delle risorse per il finanziamento sanitario aggiuntivo corrente alle aziende.

A norma dell'articolo 29 del D. Lgs. 118/11, anche la contabilizzazione di tali operazioni deve avvenire in base ad atti formali/provvedimenti riferiti al procedimento contabile con l'individuazione delle risorse destinate alla copertura del disavanzo, l'assegnazione delle risorse alla G.S.A. e la destinazione delle risorse finanziarie a copertura delle perdite delle aziende. Infine il "*finanziamento per investimenti in ambito sanitario*" deriva da atti di finanziamento degli investimenti strutturali nel Servizio Sanitario Nazionale, ivi compreso il programma pluriennale straordinario di investimenti in edilizia e tecnologie sanitarie, autorizzato dall'art. 20 della legge 67/1988.

Per "*spesa sanitaria ordinaria corrente*" deve intendersi, a norma dell'art. 20 del D. Lgs. 118/2011, la spesa ordinaria corrente per il finanziamento dei LEA, ivi compresa la mobilità passiva extraregionale programmata per l'esercizio e il *pay back*. In merito a tali operazioni, la GSA rileva gli effetti economico-patrimoniali derivanti, da una parte, dalla definizione/assegnazione alla regione del FSR, dall'altra, dalla ripartizione del FSR alle aziende, inclusa la quota trattenuta per il sostenimento delle spese gestite direttamente dalla GSA. La "*spesa sanitaria aggiuntiva corrente*" è rappresentata dalla spesa per il finanziamento di livelli di assistenza sanitaria superiori ai LEA.

La "*spesa sanitaria per il finanziamento di disavanzo sanitario pregresso*" è rappresentata dalla manovra fiscale aggiuntiva nonché dalla spesa per le rate di ammortamento dei mutui contratti per la copertura del disavanzo sanitario pregresso e dalla spesa per le rate di ammortamento relative alla restituzione delle anticipazioni di liquidità concesse ai sensi dell'art. 3 del D.L. 8 aprile 2013, n. 35, dell'art. 13, c. 6, del D.L. 31 agosto 2013, n. 102 e del D.L. 24 aprile 2014, n. 66.

Per "*spesa per investimenti in ambito sanitario*" si intende la spesa definita originariamente in "conto capitale", con separata evidenza degli interventi per l'edilizia sanitaria finanziati ai sensi dell'articolo 20, della legge 67/1988.

A tali aspetti generali di inquadramento, richiamati in sintesi, sono di seguito dedicati specifici approfondimenti con riguardo alla lettura basata sulla classificazione per *missioni* e *programmi* in particolare con riferimento alla missione 13 "tutela della salute". Nella complessiva impostazione del bilancio regionale la missione con maggiore rilevanza finanziaria è rappresentata da quella relativa alla "tutela della salute" (missione 13), la cui ripartizione funzionale si ricollega a quanto già prima esposto in relazione ai principi di cui all'articolo 20 del D. Lgs. n. 118 "*Trasparenza dei conti sanitari e finalizzazione delle risorse al finanziamento dei singoli servizi sanitari regionali*", in base a cui le Regioni garantiscono l'esatta perimetrazione delle spese (e delle entrate) relative al finanziamento del proprio servizio sanitario, tramite una articolazione in capitoli tale da rendere separata evidenza delle grandezze.

In coerenza con le precisazioni che sono state sopra evidenziate, la missione 13 risulta impostata secondo la ripartizione funzionale della spesa, posta alla base dell'articolazione del bilancio per missioni e programmi prevista dall'art. 14 del D. Lgs. n. 118, laddove assumono rilievo, oltre agli aspetti legati alla programmazione regionale, anche i profili gestionali derivanti dall'utilizzo delle risorse che il legislatore delegato ha individuato con riferimento alla spesa sanitaria corrente per il finanziamento dei LEA, ivi compresa la mo-

bilità passiva programmata per l'esercizio e il *pay back*; alla spesa sanitaria aggiuntiva per il finanziamento di livelli di assistenza superiori ai LEA; alla spesa sanitaria aggiuntiva per il finanziamento del disavanzo sanitario pregresso, alla spesa per investimenti in ambito sanitario, con separata evidenza degli interventi per l'edilizia sanitaria finanziati ai sensi dell'art. 20 della legge n. 67 del 1988.

Missione 13 “Tutela della salute”

Programmi di spesa
SSR - finanziamento ordinario corrente per la garanzia dei LEA
SSR - ripiano di disavanzi sanitari relativi ad esercizi pregressi
SSR - investimenti sanitari
Ulteriori spese in materia sanitaria

A fronte di tale puntuale perimetrazione e tendenziale corrispondenza – seppure non scevra di ulteriore approfondimento – si osserva peraltro l'intreccio tra gli aspetti più squisitamente sociali, riconducibili alla missione 12 “*Diritti sociali, politiche sociali e famiglia*” e quelli sanitari (sui quali ci si è sopra soffermati) che fanno capo alla missione 13 “*Tutela della salute*”.

Missione 12 “Diritti sociali, politiche sociali e famiglia”

Programmi di spesa
Interventi infanzia, minori e asili nido
Interventi per disabilità
Interventi per gli anziani
Interventi per soggetti a rischio di esclusione sociale
Interventi per le famiglie
Interventi per il diritto alla casa
Programmazione e governo della rete dei servizi sociosanitari e sociali
Cooperazione e associazionismo
Servizio necroscopico e cimiteriale
Politica regionale unitaria per i diritti sociali e la famiglia

Quali i raccordi tra le risorse facenti capo alle due missioni? Quale il grado di significatività di una distinzione/interazione in una prospettiva di ricostruzione contabile delle politiche sociosanitarie?

Le sintetiche considerazioni che seguono si giovano, in coerenza alla angolazione seguita dell'intero intervento, di un approccio basato sulla verifica della copertura degli oneri finanziari¹¹ di talune recenti disposizioni normative regionali.

A titolo meramente esemplificativo può richiamarsi la Legge regionale della Regione Lazio 10 agosto 2016, n. 11, recante *Sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali*, che dispone in merito alla definizione ed alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, con norme volte a disciplinare la materia nel suo complesso, aggiornando il quadro già esistente e intervenendo in una pluralità di settori. Del nuovo sistema, di cui la legge individua le finalità, i principi e i criteri organizzativi e definisce le politiche, gli interventi e i servizi, disponendo anche la relativa organizzazione, la Regione è espressamente uno dei soggetti attivi, con funzioni di programmazione, indirizzo, verifica e valutazione di garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni e di integrazione con la programmazione sanitaria ed il coordinamento con le altre politiche regionali. Al finanziamento dell'articolato sistema, demandato principalmente ai Comuni, concorre anche la Regione con risorse proprie finalizzate alle politiche sociali e con quelle del fondo sanitario regionale per quanto riguarda le attività integrate socio-sanitarie (art. 64).

In questo approccio incentrato sulla quantificazione e copertura degli oneri finanziari, si segnala l'art. 73, in particolare laddove richiama sia le risorse afferenti alla missione 12 "*Diritto sociali, politiche sociali e famiglia*", che quelle della missione 13 "*Tutela della salute*". Ad es. per gli oneri relativi alle politiche in favore dei minori di cui all'art. 10, comma 3, è prevista copertura, oltre che con le risorse disponibili a legislazione vigente nell'ambito della missione 12 (programma 02 "*Interventi per la disabilità*"), anche con le risorse e del programma 07 "*Ulteriori spese in materia sanitaria*" della missione 13 "*Tutela della salute*". Per quanto qui specificamente rileva, l'art. 73 dispone infine, al comma 4, che per i riflessi finanziari derivanti dalla legge nei confronti del sistema sanitario regionale, le disposizioni nella stessa contenute si applicano compatibilmente con le previsioni del piano di rientro dal disavanzo sanitario della Regione e che gli eventuali oneri si intendono a valere sulle risorse iscritte a legislazione vigente, per l'anno 2016, nei programmi 01 "*Servizio sanitario*".

¹¹ Quanto ai controlli sulla legislazione di spesa, risulta centrale l'art. 17 della legge n. 196/2009: il comma 9 prevede che ogni quattro mesi la Corte dei conti trasmette alle Camere una relazione sulla tipologia delle coperture finanziarie adottate nelle leggi (statali) approvate nel periodo considerato e sulle tecniche di quantificazione degli oneri. Nella medesima relazione la Corte dei conti riferisce sulla tipologia delle coperture finanziarie adottate nei decreti legislativi emanati nel periodo considerato e sulla congruenza tra le conseguenze finanziarie di tali decreti legislativi e le norme di copertura recate dalla legge di delega. Analoga la disposizione più di recente introdotta per la legislazione regionale esaminata annualmente da parte delle Sezioni regionali della Corte ai sensi dell'art. 1, comma 2, del decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito nella legge 7 dicembre 2012, n. 213. In base a tale previsione l'analisi ha ad oggetto l'individuazione degli oneri finanziari sottesi alle singole normative di spesa, la relativa quantificazione e la predisposizione di risorse adeguate a copertura, in conformità al composito quadro normativo di riferimento, che si fonda sul disposto dall'art. 17 della legge n. 196/2009, norma ritenuta direttamente applicabile anche alle leggi regionali. Si ricorda nel rinnovato contesto ordinamentale posto dal d. lgs. 118/2011 ss.mm. ii. di disciplina dell'armonizzazione dei sistemi contabili quanto fissato dall'art. 38, ove si prevede il regime di copertura finanziaria per i provvedimenti legislativi regionali concernenti per le spese a carattere continuativo e a carattere pluriennale (commi 1 e 2).

regionale - finanziamento ordinario corrente per la garanzia dei LEA” e 07 “Ulteriori spese in materia sanitaria” nella missione 13 “Tutela della salute” e assegnate agli enti del SSR. Analoga problematica – nel senso della riconducibilità trasversale alle competenze e soprattutto alle risorse, sanitarie e sociali – si rinviene nella Legge regionale (sempre della Regione Lazio) 10 agosto 2016, n. 12 recante *Disposizioni per la semplificazione, la competitività e lo sviluppo della regione, con riguardo alle disposizioni in materia di compartecipazione alla spesa sociale per le residenze sanitarie assistenziali (RSA) e per le attività riabilitative erogate in modalità di mantenimento, in regime residenziale e semiresidenziale e per il sostegno al reddito di soggetti a rischio di esclusione sociale*. In particolare le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 6, recano modifiche alla legge regionale 14 luglio 2014, n. 7, relative alle disposizioni in materia di compartecipazione alla spesa sociale per le residenze sanitarie assistenziali (RSA) e per le attività riabilitative erogate in modalità di mantenimento, in regime residenziale e semiresidenziale e per il sostegno al reddito di soggetti a rischio di esclusione sociale¹².

Senza qui soffermarsi sulle technicalità emergenti si sono riportati taluni casi in cui è possibile individuare un più sicuro ancoraggio per una lettura, anche in termini contabili e finanziari, della copertura degli oneri delle politiche sociosanitarie, anche in relazione alle finalità perseguite ed alla loro disaggregazione funzionale, ancorché non risulti del tutto agevole pervenire ad una loro sequenziale ricognizione ed univoca connotazione.

Va tenuto altresì conto della ulteriore complessità del sistema che trascende il solo approccio Stato-Regioni, per il rilievo primario del livello comunale nelle prestazioni sociosanitarie¹³. È stato invero sottolineato che a differenza dell’organizzazione sanitaria, articolata su base regionale, l’assistenza sociale vede nel Comune «il naturale affidatario di una pluralità di funzioni amministrative e di compiti ad esso connessi»¹⁴, il che connota l’assistenza sociale di una spiccata eterogeneità (qualitativa e quantitativa) che aggrava il monitoraggio dei servizi resi e delle prestazioni erogate e di conseguenza dei relativi costi.

¹² In particolare vengono sostituiti i commi 87 e 88 e inseriti i commi 88 bis, ter e quater dell’art. 2 (art. 6, comma 1) e così specificati i criteri per la determinazione delle percentuali della quota sociale per le degenze poste e carico del Comune e dell’assistito, disponendo che la Regione concorre agli oneri a carico dei Comuni in misura pari al 50% della quota sociale complessiva di compartecipazione comunale ed estende le disposizioni anche alla quota sociale per le prestazioni socio-riabilitative. La previgente disposizione (Art. 2 della LR n. 7/2014), invece, demandava ad apposita delibera di Giunta la definizione dei criteri e delle modalità per il concorso della Regione agli oneri a carico dei comuni nonché i criteri e le modalità per la compartecipazione dell’utenza. Il comma 3 dell’art. 6 dispone che ai conseguenti oneri, non espressamente quantificati, si provvede, nel 2016, a valere sulle disponibilità del programma 02 “Interventi per la disabilità” della missione 12 “Diritti sociali, politiche sociali e famiglia” iscritte in bilancio per l’importo di 41.000.000,00 euro, di cui 3.500.000,00 euro relative al contributo regionale per le prestazioni socioriabilitative psichiatriche.

¹³ Non si esaminano nel contributo le formulazioni organizzative, quali la costituzione di società miste pubblico-privato per erogare servizi socio-sanitari.

¹⁴ Così A. MARZANATI, *Il ruolo dello Stato nel policentrismo repubblicano: l’assistenza sociale*, in E. BALBONI (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008, ripreso da B. VIMERCATI, cit.

4. Il ruolo del controllo e le nuove prospettive del sistema

Dalla sintetica esemplificazione su riportata emergono in definitiva aspetti della riforma dei bilanci pubblici che consentono un approfondimento in termini di lettura delle politiche anche con riguardo a quelle sociosanitarie, e più precisamente alla distinzione/interazione di interventi che presentano margini di contiguità, oltre che sul loro complessivo peso in particolare nei bilanci regionali¹⁵. Aspetti che si ritiene meritevoli di approfondimento sia sul piano sistematico, per l'attenzione nuova che il legislatore anche costituzionale e la stessa giurisprudenza della Consulta oggi riservano ai profili contabili e finanziari, sia su quello attuativo. Sotto tale profilo appare innegabile, a dieci anni dalla introduzione nell'ordinamento italiano della impostazione per *missioni* e *programmi*, che, dai primi confronti "sul campo", il percorso avviato, pur aprendo a suggestive prospettive, denoti sensibili margini di affinamento anche in termini di significatività nella lettura trasversale e plurilivello delle politiche pubbliche. Si tratta di elementi di segno diverso che vanno attentamente considerati e che possono trovare adeguata cognizione nello stesso rinnovato sistema dei controlli, ivi compresi quelli affidati alla Corte dei conti, la cui unitaria articolazione anche su base territoriale consente, per un verso, una ricomposizione dei dati finanziari a fini *macro* di rappresentazione (ed efficacia) delle politiche pubbliche ed insieme a livello *micro* la possibilità di evidenziare la natura dei costi (più propriamente sociali, ovvero sanitari)¹⁶.

Non sfugge in questa logica l'esigenza di approfondire, in coerenza alla nuova conformazione dei bilanci, la concreta riorganizzazione degli apparati e ridefinizione delle funzioni tra livello centrale e livelli territoriali che proprio sul terreno sociosanitario denota non univoci percorsi, anche atteso il già sottolineato ruolo del Comune nell'assistenza sociale, con ulteriore difficoltà di effettuare compiute ricostruzioni in termini contabili-finanziari (peraltro, i relativi bilanci armonizzati si ispirano anch'essi alla impostazione per missioni e programmi)¹⁷.

¹⁵ Non va trascurato quello che è stato definito un processo di "sanitarizzazione" della spesa corrente delle Regioni a statuto ordinario, attesa l'incidenza crescente della componente sanitaria sulla spesa corrente a fronte delle altre ed in particolare di quella riguardante le politiche sociali.

¹⁶ In tal senso un utile strumento per verificare l'equilibrio nella gestione sociale attribuita dai Comuni è anche da rinvenire nelle potenzialità del controllo sugli enti del servizio sanitario, da esercitarsi ai sensi dell'articolo 1, comma 170, della legge n. 266/2005, in conformità ai principi e alle Linee guida elaborate dalla Sezione delle Autonomie.

¹⁷ Andrebbero sviluppati i percorsi già avviati in base anche a quanto convenuto nella Intesa sancita tra Governo e Regioni in data 23 marzo 2005, circa l'impegno delle Regioni alla adozione di modelli di contabilità analitica per centri di costo in grado di consentire analisi comparative dei costi, dei rendimenti e dei risultati delle diverse strutture sanitarie. Cfr. oggi il comma 2 dell'art.18 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, in base a cui "*Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 trasmettono i loro bilanci preventivi, le relative variazioni ed i bilanci consuntivi alla Banca dati unitaria delle amministrazioni pubbliche, secondo gli schemi e le modalità previste dall'articolo 13, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196. Gli schemi, standardizzati ed omogenei, assicurano l'effettiva comparabilità delle informazioni tra i diversi enti territoriali*". In coerenza il Principio 12 della comparabilità e della verificabilità sancisce

Senza qui direttamente affrontare la tematica di fondo, pare tuttavia necessario segnalare che a fronte del rilievo crescente dei sistemi di cooperazione e raccordo tra i diversi livelli di Governo – come rimarcato anche nelle pronunce del Giudice costituzionale che si sono susseguite –, risulta ancora più urgente il ripensamento dell’attuale modello delle Conferenze tra Stato ed Autonomie come delineato dal D. Lgs. n. 281 del 1997 e l’esigenza di una sua ridefinizione normativa, promuovendo ulteriori meccanismi che assicurino maggiore effettività rispetto alla sola “promozione di formule di coordinamento dei rapporti tra Stato e Regioni e delle intese” di cui all’art. 8, comma 6, della l. 5 giugno 2003, n. 131. E ciò anche alla luce delle – oggi prioritarie – questioni finanziarie¹⁸. Le Conferenze sono state infatti chiamate a più incisivi ruoli di raccordo tra lo Stato – primo “responsabile” nei confronti della U.E. – ed il sistema delle Autonomie¹⁹, assolvendo ad un ruolo decisivo, anche sulla base delle molteplici pronunce della Consulta²⁰, vieppiù significativo in relazione alla attuazione del disegno posto dall’art. 119 Cost. ed alla complessità del riparto tra legislazioni nazionale e regionale tracciato dall’art. 117 Cost.²¹.

La problematica definizione della cornice istituzionale e dei rapporti finanziari ha inciso negativamente nei processi di ricognizione delle funzioni amministrative attribuite ai diversi livelli di governo, richiedendo un adeguamento delle relazioni interistituzionali ed un più articolato dipanarsi dello stesso sistema dei controlli, di quelli finanziari e di quelli

che “*Gli utilizzatori ... devono poter comparare le informazioni di bilancio anche tra enti pubblici diversi, e dello stesso settore, al fine di valutarne le diverse potenzialità gestionali, gli orientamenti strategici e le qualità di una sana e buona amministrazione*”.

¹⁸ La Corte costituzionale, con sentenza 10 aprile 2014, n. 88 ha dichiarato violato il principio di leale collaborazione da parte della norma di cui all’art. 12 co. 3 della legge rinforzata n. 243 del 2012, la quale prevede che, nelle fasi favorevoli del ciclo economico, un d.P.C.M. determini il contributo di Regioni e di enti locali al Fondo di ammortamento per i titoli di Stato, sentita la Conferenza per il coordinamento della finanza pubblica. Secondo la Corte, «*considerate l’entità del sacrificio imposto e la delicatezza del compito cui la Conferenza è chiamata*», l’adozione del decreto dovrebbe fare seguito ad un’intesa e non essere meramente successiva all’ottenimento di un parere non vincolante. A dover essere coinvolta è poi la Conferenza unificata e non la Conferenza per il coordinamento della finanza pubblica, dal momento che occorre «*garantire a tutti gli enti territoriali la possibilità di collaborare alla fase decisionale*»

¹⁹ In particolare, in base agli artt. 17 e 18 della l. 4 febbraio 2005, n. 11. la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano e a Conferenza Stato-Città ed Autonomie locali sono periodicamente convocate in sessioni speciali per la specifica trattazione dei temi normativi comunitari di interesse rispettivamente delle Regioni e degli Enti locali.

²⁰ Il Giudice costituzionale, nel confermare sulla base della propria pregressa giurisprudenza (sentenze n. 10/2016, n. 188/2015 e n. 241/2012) che le politiche statali di riduzione delle spese pubbliche possano incidere anche sull’autonomia finanziaria degli enti territoriali, precisa nel contempo come tale incidenza debba in linea di massima essere mitigata attraverso la garanzia del coinvolgimento degli enti interessati nella fase di distribuzione del sacrificio e nella decisione sulle relative dimensioni quantitative, e non può essere tale da rendere impossibile lo svolgimento delle funzioni agli stessi affidate.

²¹ Non si affronta in questa sede il tema del riparto delle competenze alla luce delle disposizioni costituzionali: come noto, il settore dei servizi sociali già individuato e definito dall’art. 128 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, e più in generale quello dei servizi alla persona risulta affidato alla legislazione esclusiva della Regione, mentre tra le materie riservate allo Stato compare la “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*” (art. 117, lettera m), Cost.). Sarebbe interessante anche una ricognizione degli interventi in materia sociale nelle leggi di stabilità e di bilancio.

gestionali, nella loro diversità, ma anche nella loro stretta interazione e finalità di servizio alla collettività.

In questo senso anche il ruolo del controllo indipendente affidato alla Corte dei conti sembra assumere nuovi e più pregnanti connotati, atteso da un lato il rilievo primario e crescente dei controlli *finanziari*, che coinvolgono anche la responsabilità dello Stato nei confronti della Unione europea²², dall'altro lato la parallela attenzione sulle ricadute in termini di servizi sociali, anche sulla scia delle *expertise* già maturate²³.

Una ultima riflessione ci appare indotta dalla giurisprudenza costituzionale: nella sentenza 275/2016 ed in particolare dalla più recente 169/2017, con cui vorrei chiudere le mie riflessioni in coerenza all'approccio seguito.

Non si intende certo qui affrontare il tema centrale *“se sia la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”* (cfr. Corte cost. sent. 275/2016), quanto piuttosto evidenziare la assoluta e prioritaria esigenza di “conoscenza” nel solco esposto dalla stessa Consulta, laddove (cfr. Corte cost. sent. 169/2017, punto 9.3.2. del *considerato in diritto*) rimarca, pur nella declaratoria di infondatezza della questione esaminata, il rilievo che la separazione e l'evidenziazione dei costi dei livelli essenziali di assistenza *“devono essere simmetricamente attuate, oltre che nel bilancio dello Stato, anche nei bilanci regionali ed in quelli delle aziende erogatrici”* secondo la direttiva contenuta nell'art. 8, comma 1, della legge n. 42 del 2009. E

²² L'accentuarsi della natura finanziaria del controllo, di sempre maggiore valenza nell'attuale evoluzione dell'ordinamento, che postula un'esigenza di garanzia più complessa degli equilibri finanziari dello Stato e delle Autonomie, è dunque argomento oggi particolarmente attuale.

²³ Cfr., ad es., quanto rilevato dalla Corte dei Conti in occasione dell'audizione sull'A.C. 4566 *“Delega al Governo per la riforma fiscale e assistenziale”* (in www.corteconti.it), ove si è segnalato la problematicità della questione: *“D'altra parte, non si può ignorare che in molti casi si è in presenza di erogazioni monetarie che fanno parte di una politica “nascosta” di contrasto alla povertà, compensativa di un'offerta di servizi non sempre adeguata e uniformemente distribuita sul territorio. E, conseguentemente, non appare irragionevole attendersi che i risparmi di un riordino possano risultare in larga parte controbilanciati dalle risorse che sarà necessario mettere in campo per assicurare servizi adeguati ad una prevedibile impennata del fenomeno della non autosufficienza,”* rilevando altresì la mancanza di una chiara definizione dei Liveas: *“Non può essere sottovalutato il rischio che nella sua versione attuale, in mancanza di una chiara definizione dei livelli essenziali delle prestazioni sociali, la riforma possa portare, non tanto ad un auspicabile concentrazione delle risorse sulle condizioni effettivamente meritevoli, ma ad una ulteriore compressione delle politiche a sostegno dei non autosufficienti. Non si può ignorare, infatti, che negli ultimi anni le somme trasferite dallo Stato alle realtà territoriali a copertura degli interventi per l'assistenza hanno subito rilevanti tagli: il mancato rifinanziamento del fondo per le autosufficienze, la riduzione degli stanziamenti per il fondo politiche sociali e per la politica abitativa hanno già sensibilmente inciso sul quadro degli interventi in ambito locale. Il solo riferimento alla ripartizione delle risorse fra regioni secondo criteri di numerosità e di invecchiamento della popolazione nonché in base a fattori ambientali non specificati, sembra mirare più a contenere le realtà territoriali in cui la richiesta è superiore alla media, che a rispondere ad effettivi obiettivi di identificazione dei fabbisogni”*. Viene in particolare evidenziata la mancata previsione di un metodo condiviso tra i livelli istituzionali: *“Nel valutare il disegno di riforma dell'assistenza che, come si diceva in precedenza, rispecchia soprattutto necessità di rispondere ad esigenze di copertura, va osservato che mancano, infine, un coordinamento con quanto di competenza territoriale e la previsione di un metodo condiviso tra i livelli istituzionali, almeno per quello che attiene alla revisione dei criteri di accesso. Il riferimento comune è alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e alla sussidiarietà sia verticale che orizzontale”*.

ciò con riguardo alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP)²⁴, *alla cui categoria, come detto, appartengono i LEA*. Riprendendo le parole della Consulta, *“Sono tuttavia utili alcune riflessioni circa la mancata proiezione precedentemente evidenziata, elemento necessario per dimostrare il pregiudizio causato da norme sproporzionatamente riduttive di risorse destinate all'erogazione di prestazioni sociali di carattere primario. Infatti, la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti Stato-Regioni in tema di competenza legislativa, impongono una visione teleologica e sinergica della dialettica finanziaria tra questi soggetti, in quanto coinvolgente l'erogazione di prestazioni riconducibili al vincolo di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. Se, al fine di assicurare la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP), alla cui categoria, come detto, appartengono i LEA, «spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale [di talché] è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (sentenza n. 275 del 2016), non vi è dubbio che le Regioni stesse debbano collaborare all'individuazione di metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incompressibili da quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria. Sotto tale profilo, è bene quindi ricordare che la determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale, ma che la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti deve essere improntata alla leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività. Da ciò consegue che la separazione e l'evidenziazione dei costi dei livelli essenziali di assistenza devono essere simmetricamente attuate, oltre che nel bilancio dello Stato, anche nei bilanci regionali ed in quelli delle aziende erogatrici secondo la direttiva contenuta nel citato art. 8, comma 1, della legge n. 42 del 2009. In definitiva, la dialettica tra Stato e Regioni sul finanziamento dei LEA dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria, tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell'intreccio di competenze statali e re-*

²⁴ I livelli essenziali delle prestazioni (Lep) che concernono i diritti civili e sociali, vanno definiti da legge statale e devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117 Cost., comma 2, lett.m). Nella L. n. 42/2009 si indicano le attribuzioni dei diversi livelli di governo, e si specifica che i Lep comprendono la sanità, l'istruzione e l'assistenza. Osserva R. COGNO, *Una proposta di articolazione dei lep per l'assistenza*, in *Riv. dir. fin.*, 3, 2010, p. 330: *L'assistenza risulta di grande interesse da diversi punti di vista: giuridico-costituzionale, economico, settoriale, politico. Se l'istruzione è sempre stata nazionale, e la sanità presenta da tempo meccanismi volti a garantire una certa uniformità del servizio, l'assistenza è stato a lungo un campo frammentato e poco regolato con la compresenza dei diversi livelli di governo, sia nell'erogazione delle prestazioni che nel finanziamento della spesa. Da un punto di vista più tecnico, i Lep per l'assistenza sono una grossa sfida: la varietà dei servizi e degli interventi rende complesso definire degli standard; inoltre la quantificazione del fabbisogno finanziario per le regioni dovrà essere coerente con la quantificazione del fabbisogno finanziario degli enti locali per le funzioni fondamentali, funzioni che verosimilmente comprenderanno molte prestazioni oggetto di Lep.*

gionali in questo delicato ambito materiale. Ciò al fine di garantire l'effettiva programmabilità e la reale copertura finanziaria dei servizi, la quale – data la natura delle situazioni da tutelare – deve riguardare non solo la quantità ma anche la qualità e la tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie. Ne consegue ulteriormente che, ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione – secondo canoni di ragionevolezza – dei livelli essenziali, una volta che questi siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l'erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica. In tale ipotesi verrebbero in essere situazioni prive di tutela in tutti i casi di mancata erogazione di prestazioni indefettibili in quanto l'effettività del diritto ad ottenerle «non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto» (sentenza n. 275 del 2016)»²⁵.

Le autorevoli considerazioni della Consulta inducono, in definitiva, a seguire con rinnovato interesse il percorso tracciato di una “lettura” dei bilanci in grado di consentire l'emersione non solo della quantità, ma anche della qualità e della tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie e, soprattutto, di un corretto bilanciamento tra priorità e risorse²⁶. Tra queste vi sono sicuramente quelle al centro dell'attuale convegno incentrato sui raccordi tra interventi sociali e sanitari, la cui ricognizione contabile nei bilanci territoriali può costituire utile ancoraggio e strumento di analisi, quantificazione e verifica, anche nella prospettiva di *individuazione di metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incompressibili da quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria*.

In definitiva, in coerenza con l'evoluzione del quadro istituzionale e le indicazioni rintracciabili nella giurisprudenza costituzionale, viene ad emergere, nel complesso quadro delle politiche e delle prestazioni sociosanitarie, una ulteriore, certamente da affinare, ma forse non fungibile, chiave di lettura, fondata sui nuovi principi e regole della riforma dei bilanci pubblici e sulla parallela evoluzione del sistema dei controlli.

²⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 169 del 2017, punto 9.3.2 del considerato in diritto.

²⁶ L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2013, ripreso in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, I, Milano, 2014, pp. 375 ss.

Osservatorio sui sistemi sanitari

Osservatorio sui sistemi sanitari

Verso una revisione sociale, giuridica e istituzionale del Servizio sanitario regionale*

Carlo Bottari**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Democrazia diretta e democrazia rappresentativa. – 3. L'arcipelago dei sistemi sanitari regionali. – 3.1. Le case della salute. – 3.1.1. La nuova disciplina lombarda. – 3.1.2. Il modello veneto. – 3.1.3. Il sistema emiliano-romagnolo. – 3.2. L'integrazione tra sociale e sanitario. – 3.2.1. L'assistenza a domicilio. – 3.2.2. Il welfare di comunità.

1. Premessa

Per chi è invitato a portare il proprio contributo allo studio dell'evoluzione del nostro sistema di sanità pubblica, l'esito del referendum costituzionale del dicembre 2016, da un lato, ha risolto determinanti problemi di natura interpretativa ed applicativa e, dall'altro, ha lasciato aperte molte importanti problematiche che assillano gli operatori e che incidono notevolmente sulla qualità del Servizio e sulla, ormai ineludibile, necessità di un effettivo contenimento della spesa sanitaria.

Ed, in particolare, lascia irrisolte le tante, ormai fossilizzate, evidenti disparità di trattamento riscontrabili nei diversi sistemi sanitari regionali, non fornisce agli operatori, ed in particolare agli utenti, quelle risposte che da tempo si attendono, quali, ad esempio, quelle in ordine alla distribuzione di vaccini e farmaci, con tangibili conseguenze anche in ordine all'incremento della spesa sanitaria.

* Relazione al XV Convegno nazionale di diritto sanitario "Il sociosanitario: una scommessa incompiuta?", organizzato ad Alessandria, il 16-17 novembre 2017, dal Centro d'eccellenza interdipartimentale per il management sanitario (CEIMS) dell'Università del Piemonte Orientale, con il patrocinio della Società italiana di diritto sanitario (SoDiS). Contributo referato dalla Direzione della Rivista.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Bologna, carlo.bottari@unibo.it

D'altro canto, rimanda le medesime problematicità a quelle stesse Regioni che ormai facevano affidamento su di una graduale deresponsabilizzazione in diversi ambiti di materia, sgravandole di oneri ed interventi normativi non sempre accettabili dalle popolazioni locali e forieri di negativi e preoccupanti ritorni di carattere politico.

Problemi che, anzi, sono andati accentuandosi proprio a seguito del risultato referendario, che ha alimentato una sempre più aspra conflittualità tra i diversi attori coinvolti in questo processo di riforma e che trascinerà tali conseguenze in tutti i prossimi mesi fino a quando non si procederà ad una formazione della compagine parlamentare.

Ciò porta a riflettere sulla esigenza di agire con estrema prudenza ogniqualvolta si intenda coinvolgere la volontà popolare su quesiti che non coinvolgano direttamente interessi personali di ogni cittadino, bensì proponimenti riformatori che contengono caratteri più squisitamente politici che, nonostante la loro validità e fondatezza, porteranno inevitabilmente, sia nel caso di un risultato che nell'altro, ad un acuirsi dei rapporti all'interno delle stesse coalizioni politiche, tanto di maggioranza che di opposizione, che intervengano in iniziative istituzionali di così marcata rilevanza.

Per contro, come si dirà tra breve, le mutate condizioni economiche e sociali portano, inevitabilmente, ad una inopportuna esasperazione della lotta referendaria che produce, quale ultimo risultato, il mantenimento dello status quo, per quanto riguarda i profili che interessano il necessario adeguamento dell'ordinamento, ed un conseguente inasprimento del confronto politico la cui direzione appare difficile prevedere.

Ma partiamo con ordine.

2. Democrazia diretta e democrazia rappresentativa

La prima riflessione che sorge spontanea, soprattutto, allo studioso del diritto costituzionale, è che il complesso procedimento di revisione costituzionale studiato dall'Assemblea Costituente ed ancora oggi disciplinato dall'art. 138 della Costituzione, certamente ha avuto una sua logica e validità fino alla svolta determinatasi a partire dagli anni novanta del secolo scorso, perchè ha consentito il mantenimento di un corretto confronto democratico, mantenendo quel principio di necessaria condivisione delle proposte di revisione costituzionale tra le componenti di matrice cattolica e quelle laico-marxiste, che sta alla base della natura sostanzialmente compromissoria del nostro testo costituzionale.

Tanto è vero che i diversi tentativi di revisione portati avanti da maggioranze anche opposte e diverse, sono tutti falliti proprio per la difficoltà di individuare una indispensabile sintesi tra i diversi attori del processo stesso, e di mediare, con effettiva convinzione, tra le istanze di preta derivazione cattolica e quelle più convinta tradizione laica.

Ma, indubbiamente, a partire dalla completa ed inevitabile trasformazione del nostro sistema dei partiti politici, che ha fatto seguito sia alla caduta del muro di Berlino che alle attendibili conseguenze di tangentopoli, proprio la nascita di quel sistema sostanzialmente bipolare, e che oggi, fra l'altro, si è evoluto in una tripolarità, ha fatto sì che molte delle ragioni che avevano consigliato e supportato le scelte della prima fase costituzionale si

rivelassero, nel tempo, non più in linea con le esigenze di un accelerato confronto politico fortemente condizionato dalle scelte, di natura economica, derivanti dall'appartenenza a determinati contesti internazionali.

Tutto ciò ha determinato l'asserita legittimazione anche di una semplice maggioranza parlamentare ad intervenire su parti sostanziali del testo costituzionale, quali i principi strettamente legati ai profili organizzativi fra gli organi dello Stato o quelli coinvolgenti il sistema interno di decentramento delle funzioni istituzionali. Vale a dire, un nuovo procedimento di revisione costituzionale all'interno del quale l'ipotesi referendaria, seppur facoltativa, appare poco necessaria ed opportuna, dal momento che subentra il rischio, già più volte sperimentato in altre precedenti competizioni referendarie, che l'elettorato non si rechi al seggio per esprimere la sua opinione in merito alle proposte innovazioni normative, come era nelle prospettive dei nostri padri costituenti, bensì unicamente per una non richiesta indicazione di carattere puramente politico, tanto di maggioranza quanto di opposizione. Non vi è dubbio che, in tale rinnovato contesto, un referendum, sia esso consultivo, abrogativo o costituzionale, mal si concilia con quei caratteri propri del nostro testo fondamentale che delineano chiaramente una democrazia rappresentativa con ben limitate e circoscritte occasioni di espressione diretta della volontà popolare.

Chiudo queste brevi considerazioni introduttive, che andrebbero ben più ampiamente approfondite e opportunamente supportate, ma che rispondono all'esigenza di evidenziare come disposizioni che ben a ragione avrebbero potuto inserirsi in un rinnovato contesto costituzionale – mi riferisco ovviamente a quelle concernenti il diritto alla tutela della salute – sono state rigettate senza che sulle stesse si svolgesse una doverosa riflessione da parte del cittadino chiamato alle urne, che, perlopiù, ha votato senza sapere su cosa andava a votare ma unicamente per esprimere una, istituzionalmente non richiesta, preferenza da un punto di vista strettamente politico.

3. L'arcipelago dei sistemi sanitari regionali

La nuova formulazione dell'art. 117, proposta ed approvata in sede parlamentare, e non più in sede popolare, sarebbe intervenuta per sanare una situazione che ormai si è stabilizzata da tempo nel nostro sistema di ripartizione delle competenze. Dalla riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione, si è andato, infatti, consolidando un orientamento secondo il quale gli aspetti più strettamente di carattere programmatico ed organizzativo si ritengono pienamente devoluti alle prerogative regionali, dando, così, vita a quell'arcipelago di sistemi sanitari regionali all'interno del quale, da tempo, siamo venuti a trovarci. A parte le evidenti disparità riscontrabili a proposito dell'attribuzione dei finanziamenti, con gli interventi compensativi della Conferenza Stato-Regioni, e nelle stesse modalità di gestione ed erogazione a fronte delle prestazioni sanitarie che dovrebbero seguire protocolli e tariffari perlopiù equivalenti sull'intero territorio nazionale, importanti scostamenti emergono nella distribuzione dei farmaci, dei vaccini, nell'accesso a metodologie inno-

vative come quelle in materia di fecondazione assistita. Ma gli aspetti che maggiormente risaltano sono quelli in campo organizzativo¹.

3.1. Le case della salute

Si potrebbero portare molteplici esempi che conducono a sostenere tale considerazione: pensiamo all'attuazione del decreto Balduzzi e a come si stia sviluppando, nel contesto nazionale, il nuovo modello di sanità territoriale. Si va dalla già molto avanzata legge della Lombardia, a quella del Veneto e a quella dell'Emilia-Romagna, che si distinguono, l'una dall'altra, sotto vari, rilevanti, aspetti.

La, ormai, diffusa realizzazione delle c.d. case della salute trova le più svariate attuazioni da nord a sud, avviando nuovi percorsi assistenziali che intendono assicurare al paziente più ampie ed opportune modalità di cura, ma non sempre con indicazioni e prospettive che garantiscano discipline unitarie ed uniformi, anzichè probabili, ed inconciliabili, rilevanti disparità di trattamento. E non soltanto nei confronti del cittadino, ma anche con riguardo agli stessi operatori sociali e sanitari.

3.1.1. La nuova disciplina lombarda

Il modello adottato, recentemente, dalla Regione Lombardia risponde ad alcuni principi, già ben sperimentati, nella disciplina lombarda: la libera scelta del medico e del luogo di cura; il passaggio dalla "cura" al "prendersi cura" che prelude al superamento della mera logica di intervento d'urgenza o a posteriori, secondo una valutazione multidimensionale del bisogno di accompagnamento della persona, anche attraverso la prevenzione, la valutazione delle necessità del singolo cittadino e dell'ambiente familiare in cui vive ed invecchia; la tendenza a separare le funzioni chiave del sistema: la programmazione, l'erogazione delle prestazioni ed il relativo controllo².

La riforma punta ad una profonda riorganizzazione delle cure primarie sulla base delle nuove esigenze espresse dall'utenza. Del resto, la, ormai generalizzata, crescente incidenza delle patologie cronico-degenerative, correlate al processo di invecchiamento della popolazione, richiede una profonda riorganizzazione delle cure per renderle più efficaci a fronte della mutata situazione epidemiologica e sociale. Il primo tassello di questo nuovo approccio dal punto di vista organizzativo, proprio al fine di risaltare l'ineludibilità dell'integrazione ospedale/territorio, è rappresentato dalla istituzione di un unico assessorato regionale al welfare "in ragione del fatto che le tematiche sanitarie e socio-sanitarie costituiscono un binomio inscindibile fondato su una programmazione e gestione unitaria"³.

¹ Per una prima introduzione alle modalità attuative del Decreto Balduzzi e del conseguente patto per la salute 2014/2016 si rinvia a C. BOTTARI, P. DE ANGELIS (a cura di), *La nuova sanità territoriale*, Santarcangelo di Romagna, 2016; F. FOGLIETTA, *Crisi e dopo-crisi del Servizio Sanitario Nazionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016; R. NANIA (a cura di), *Il diritto alla salute fra stato e regioni: il patto per la salute 2014/2016*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.

² In questo senso cfr. M. RANDAZZO, *Il sistema socio-sanitario lombardo*, in C. BOTTARI, P. DE ANGELIS (a cura di), *La nuova sanità territoriale*, cit., p. 98.

³ Sempre M. RANDAZZO, cit., p. 100.

La riorganizzazione parte dalla trasformazione dell'assistenza territoriale da una medicina d'attesa ad una medicina di iniziativa principalmente attraverso il miglioramento della continuità dell'assistenza territoriale e dell'integrazione ospedale-territorio, promuovendo una partecipazione consapevole e responsabile dei cittadini e delle comunità nei confronti dei corretti stili di vita e nei percorsi di prevenzione, di cura, di assistenza e di terapia farmacologica, anche prevedendo politiche finalizzate ad iniziative che favoriscano l'invecchiamento attivo. Nascono, così, 8 nuove Agenzie di tutela della salute (ATS), nuovi soggetti giuridici chiamati a sostituire le precedenti ASL.

Ad esse il legislatore lombardo attribuisce “funzioni di negoziazione/acquisto delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie delle strutture accreditate, governo dell'assistenza primaria e del convenzionamento delle cure primarie, nonché il governo del percorso di presa in carico della persona in tutta la rete dei servizi, anche attraverso la valutazione multidimensionale e personalizzata del bisogno e secondo il principio di appropriatezza e garanzia della continuità assistenziale”⁴.

La riorganizzazione lombarda è volta a superare la frammentazione e la disomogeneità dell'attuale offerta sanitaria e socio-sanitaria sul territorio, al fine di garantire al cittadino una presa in carico reale e continuativa, in tutte le fasi del proprio percorso diagnostico-assistenziale-terapeutico, in ambito socio-sanitario-assistenziale⁵.

Non è questa la sede per esaminare approfonditamente il modello lombardo, come già anticipato in precedenza, ma occorre comunque far presente che all'interno delle ATS vengono poi istituite le Aziende socio-sanitarie territoriali (ASST) che il legislatore lombardo intende far diventare il principale, se non unico, riferimento per i cittadini al fine di facilitarne l'accesso alle prestazioni sanitarie. Queste nuove aziende erogheranno prestazioni ospedaliere e territoriali, precedentemente suddivise tra più soggetti spesso non dialoganti tra di loro: subentra il concetto di fare squadra attraverso la continuità della presa in carico della persona nel proprio contesto di vita⁶.

Questa riforma, realizzata tra forti resistenze politiche e sindacali, sotto un delicato controllo da parte del Governo che ne ha, momentaneamente, condiviso la legittimità in una sua fase sperimentale, che pone sullo stesso piano strutture pubbliche e strutture private in qualità di enti erogatori, dando così una prima attuazione concreta al principio di sussidiarietà nelle sue diverse articolazioni, intende promuovere un modello di sanità aperto e dinamico conferendo un maggiore potere al cittadino/paziente, limitando, per quanto possibile, la discrezionalità politica, il peso delle burocrazie e dell'organizzazione.

⁴ Così l'art.6, co.3, lett.a),b),c), l.r.n.23/2015.

⁵ Si rinvia a REGIONE LOMBARDIA, COMMISSIONE SVILUPPO SANITÀ, *Proposte di sviluppo del servizio socio-sanitario e sanitario lombardo, Assistenza territoriale*, Milano, 30 giugno 2014, pp.1-14.

⁶ Sul punto l'art.7, co.2, l.r.n.23/2015 precisa che le ASST, dotate di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia organizzativa, concorrono con tutti gli altri soggetti erogatori del sistema, di diritto pubblico e di diritto privato, all'erogazione dei LEA e di eventuali livelli aggiuntivi definiti dalla Regione con risorse proprie nella logica della presa in carico della persona.

3.1.2. Il modello veneto

Il Sistema Socio Sanitario veneto affonda le proprie radici nell'articolo 8 della legge regionale 14 settembre 1994, n. 56, il quale recita: "1. La Regione persegue l'integrazione delle politiche sanitarie e sociali e promuove la delega della gestione dei servizi sociali da parte dei Comuni alle Unità Locali Socio-Sanitarie, anche prevedendo specifici finanziamenti, con le modalità definite dal Piano Regionale Socio-Sanitario. 2. La regione persegue altresì l'integrazione delle attività svolte da soggetti pubblici e privati sia all'interno del Comune sia a livello intercomunale in ambiti territoriali corrispondenti a quelli definiti per le nuove Unità Locali Socio-Sanitarie. Il principale strumento di integrazione, per tale finalità, è rappresentato dai Piani di Zona dei Servizi Sociali che vengono elaborati ed approvati dal Sindaco, qualora l'ambito territoriale dell'Unità Locale Socio-Sanitaria coincida con quello del Comune o della Conferenza dei Sindaci, con le modalità previste dal Piano Socio-Sanitario Regionale"⁷.

Fin dalle sue origini, il Sistema Socio Sanitario Veneto ha manifestato particolare attenzione al cosiddetto modello di medicina biopsicosociale – teorizzato dallo psichiatra statunitense George Libman Engel come proposta di superamento del modello biomedico classico –, distinguendosi dalle altre regioni non solo nominalmente, mediante la dicitura AULSS (Aziende Unità Locali Socio Sanitarie) in luogo di ASL (Aziende Sanitarie Locali), ma anche materialmente, prevedendo la presenza, all'interno di ogni AULSS, di un Direttore dei Servizi Sociali (a completamento della triade, tradizionalmente presente nelle ASL, composta da Direttore Generale, Direttore Sanitario e Direttore Amministrativo).

A partire dall'inizio dell'attuale millennio, in Veneto si è assistito, al fine di fronteggiare essenzialmente – ma non solo – la progressiva cronicizzazione delle malattie legata al massivo invecchiamento della popolazione locale (malattie dell'apparato cardiocircolatorio, dell'apparato respiratorio, dell'apparato digerente, del sistema nervoso e dei disturbi epato-pancreatici), alla diffusione delle forme associative della cd. medicina di famiglia, nel tentativo di contenere la spesa sanitaria pubblica investendo su percorsi di deospedalizzazione e di rafforzamento delle cure primarie⁸. Nello specifico:

- nel quadriennio 2001-2004 si è assistito allo sviluppo spontaneo di forme associative tra medici di famiglia;
- nel quadriennio 2005-2008 si è passati all'attivazione di forme associative sperimentali più complesse quali le Unità Territoriali di Assistenza Primaria (UTAP), che prevedevano, a fronte del permanere della prevalenza della medicina di famiglia, anche il

⁷ In questo senso si veda M. SPAGNOLO, *Il sistema socio-sanitario veneto*, in C. BOTTARI, P. DE ANGELIS (a cura di), *La nuova sanità territoriale*, cit., p.51.

⁸ Cfr. D. SALMASO, *La continuità delle cure tra ospedale e territorio, esiti e problemi irrisolti*, in D. SALMASO, R. TOFFANIN (a cura di), *La continuità delle cure tra ospedale e territorio*, in *Ricerche e documentazioni sui servizi alla persona*, Fondazione "E. Zancan" Onlus, Padova, 2013, pp. 11-13.

coinvolgimento della componente infermieristica, dei collaboratori di studio e degli specialisti ambulatoriali interni;

- nel quadriennio 2009-2012 si è giunti ad uno sviluppo programmato dei suddetti fenomeni, che ha visto il coinvolgimento delle Aziende ULSS, cui è stata affidata l'elaborazione di Piani Aziendali per il potenziamento dell'assistenza primaria sul territorio, e il potenziamento della componente multiprofessionale (medici, infermieri, assistenti sociali, personale amministrativo).

Ma è con il Piano Socio-Sanitario Regionale 2012-2016 (recepito con Legge regionale n. 23 del 29 giugno 2012) che viene delineata una vera e propria cornice per lo sviluppo delle cure primarie nel Veneto, introducendo il concetto di “filiera dell'assistenza” per rappresentare l'articolazione di strutture che concorrono, con gradualità, a rispondere a bisogni di cura, tutelando ciascuna fase del percorso di presa in carico della persona.

In termini operativi, il nuovo quadro programmatico regionale identifica come obiettivo strategico la diffusione, su tutto il territorio veneto, delle Medicine di Gruppo Integrate (MGI), le quali constano in forme associative più evolute rispetto a quelle sperimentate negli anni passati, in conformità a quanto previsto dalla Legge n. 189/2012 (c.d. “Legge Balduzzi”).

Nel modello veneto, le Medicine di Gruppo Integrate sono team multiprofessionali, costituiti da Medici e Pediatri di famiglia, Specialisti, Medici della Continuità Assistenziale, infermieri, collaboratori di studio e assistenti sociali, che:

1. erogano un'assistenza globale, cioè dalla prevenzione alla palliazione, continua, equa e centrata sulla persona;
2. assicurano un'assistenza H24, 7 gg su 7;
3. sono parte fondamentale ed essenziale del Distretto socio-sanitario ed assumono responsabilità verso la salute della Comunità, affrontando i determinanti di malattia e collaborando con gli attori locali.

Le MGI vengono quindi a costituire il fulcro su cui riorganizzare l'intero assetto dell'assistenza territoriale, ossia le c.d. reti assistenziali, in conformità alle linee strategiche delineate dal Piano Socio-Sanitario Regionale, secondo il paradigma che attribuisce l'acuzie all'Ospedale e la cronicità al Territorio.

Lo sviluppo delle Cure Primarie, attraverso la diffusione del modello di Medicina di Gruppo Integrata, è definito contrattualmente dalla DGR n. 751 del 14 maggio 2015, in attuazione della DGR n. 953/2013.

Venendo, dunque, al profilo contrattualistico delle DGR in oggetto, ossia al c.d. Contratto di Esercizio Tipo della MGI – di cui agli Allegati A, B e C della DGR stessa –, va evidenziato come esso rappresenti il recepimento dell'Accordo intercorso tra la Regione Veneto e le OO.SS. della Medicina Generale Convenzionata, sottoscritto dalle parti in data 2 marzo 2015. Infatti, in detto Accordo è stabilito che: “In conformità alla LR n. 23/2012 (Piano Socio-Sanitario Regionale 2012-2016) si concorda di procedere con lo sviluppo delle Cure Primarie attraverso la diffusione del modello di Medicina di Gruppo Integrata, approvando il Contratto di Esercizio Tipo e prevedendo forme transitorie a termine (medicina di rete e di gruppo) per una graduale estensione del modello su tutto il territorio regionale”.

Da ultimo, la legislazione sanitaria regionale veneta è stata caratterizzata dalla pubblicazione di una legge che, con decorrenza 1° gennaio 2017, ha “riordinato” le ULSS del Veneto (riducendole a 9) e istituito un Ente regionale di governance complessiva del sistema sanità (Azienda per il governo della sanità della Regione del Veneto - Azienda Zero).

Semplificando molto, può dirsi che l’Azienda Zero persegue la finalità di razionalizzare, integrare ed efficientare i servizi sanitari, socio-sanitari e tecnico-amministrativi del servizio sanitario regionale. La istituzione dell’Azienda Zero e la riduzione nel numero delle AUSL dovrebbero portare, secondo le intenzioni del Legislatore regionale, a un miglior governo dell’intero sistema.

3.1.3. Il sistema emiliano-romagnolo

Ancor prima dell’entrata in vigore della riforma Balduzzi, la regione Emilia-Romagna aveva individuato nelle istituende case della salute le nuove strutture all’interno delle quali avrebbe trovato definitiva composizione la non più rinviabile integrazione tra prestazioni sanitarie e socio-sanitarie, favorendo, attraverso la continuità spaziale dei servizi e degli operatori, l’unitarietà e l’integrazione dei livelli essenziali di assistenza⁹.

Successivamente, con la legge n. 12 del 2013, è stata precisata la finalità dei nuovi ambiti distrettuali, volti a superare il frazionamento nella erogazione e nella gestione dei diversi servizi, per dare concrete ed immediate risposte alle esigenze di cura della popolazione.

La casa della salute viene ad identificarsi “come centro necessario per la cooperazione multi professionale dei sanitari, ma al contempo un luogo di facile identificazione per l’utenza, che sappia fornire in maniera adeguata assistenza primaria”¹⁰.

La casa della salute è quindi strutturata su un sistema integrato di servizi che si fonda sull’accoglienza, sulla collaborazione professionale, sulla condivisione dei percorsi, sulla valorizzazione dell’autonomia e della responsabilità dei professionisti¹¹.

Il Sistema Socio Sanitario emiliano-romagnolo affonda le proprie radici nell’articolo 1, c. 1, della legge regionale 23 dicembre 2004, n. 29, il quale recita: “Il Servizio sanitario regionale (di seguito denominato ‘Ssr’) è costituito dalle strutture, dalle funzioni e dalle attività assistenziali rivolte ad assicurare, nell’ambito del Servizio sanitario nazionale (di seguito denominato ‘Ssn’) e nel rispetto dei suoi principi fondamentali, la tutela della salute come diritto fondamentale della persona ed interesse della collettività ai sensi dell’articolo 32 della Costituzione, degli articoli 1 e 2 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del Servizio sanitario nazionale) e dell’articolo 1 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell’articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421) nel testo introdotto dall’articolo 1 del decreto legislativo 19 giugno

⁹ Si veda A. BRAMBILLA, G. MACIOCCO, *Le Case della salute*, in *Recenti Progressi della Medicina*, 2014, n. 105, pp. 147 ss.

¹⁰ In questo senso D. ROSSI, *Il sistema emiliano-romagnolo*, in C. BOTTARI, P. DE ANGELIS (a cura di), *La nuova sanità territoriale*, cit., p. 126.

¹¹ Si rinvia a M. FABI, *Le case della salute, strumento della continuità assistenziale*, VI Convegno internazionale Medico cura te stesso, Atti – Quel minuto in più. Una sfida per sé, una necessità per il malato, 23-25 giugno 2011.

1999, n. 229 (Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419) e modificato dall'articolo 1, comma 5, del decreto-legge 18 settembre 2001, n. 347, recante interventi urgenti in materia di spesa sanitaria, convertito con modificazioni dalla legge 16 novembre 2001, n. 405”.

Fin dalle sue origini, il Sistema Sanitario emiliano-romagnolo è stato definito come un sistema programmato; un sistema, cioè, il cui principale carattere consta nella effettuazione della scelta dell'utente nel rispetto degli indici della programmazione che viene predefinita da parte del soggetto regionale: in sostanza, nel sistema programmato c'è un maggior contenimento delle risorse dedicate al sistema sanitario.

In tale contesto, all'interno della Regione Emilia-Romagna, le Aziende sanitarie possono svolgere non solo un ruolo di committente (come avviene in altri sistemi regionali) ma anche di erogatore; in sostanza, le Aziende sanitarie emiliano-romagnole non solo acquistano all'esterno servizi e prestazioni verificando i risultati degli stessi, ma gestiscono, direttamente, la produzione dei servizi e delle prestazioni.

Sin dall'inizio dell'attuale millennio, in Emilia-Romagna si è iniziato a investire sulle cd. cure primarie al fine di riequilibrare la spesa nel binomio ospedale-territorio; al fine di raggiungere tale obiettivo, la Regione ha investito molto nella creazione delle c.d. case della salute. Nello specifico:

- fin dalla fine degli anni '90 (Piano Sociale e Sanitario 1999-2001) la Regione Emilia-Romagna ha investito molto nello sviluppo delle cure primarie e ne ha definito un modello organizzativo del tutto innovativo a livello nazionale attraverso la previsione di forme associative multi professionali (nuclei di cure primarie) che coinvolgessero i medici di medicina generale e gli altri operatori sanitari del Distretto;
- in ottemperanza al PSN 2006-2008, la Regione Emilia-Romagna ha emanato il Piano Sociale e Sanitario Regionale per il triennio 2008-2010, nel quale emerge come, anche a seguito del riordino del Sistema Sanitario Regionale avvenuto con Legge Regionale n. 29 del 2004, il Dipartimento di cure primarie rappresenti il fulcro dell'assistenza unitaria del paziente, intesa non solo quale cura ma, anche e soprattutto, quale prevenzione e riabilitazione, principio che troverà poi piena espressione nelle case della salute.
- la regolamentazione regionale di riferimento per le case della salute è contenuta nella Delibera di Giunta regionale n. 291 del 2010 nella quale viene approvato il documento “casa della salute: indicazioni regionali per la realizzazione e l'organizzazione funzionale”.
- successivamente, la Legge n. 189 del 2012 (di conversione del decreto legge n. 158/2012 recante “Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute”) ha reso obbligatorie forme aggregate mono-professionali e multi-professionali (Aggregazioni Funzionali Territoriali, AFT; Unità Complesse di Cure Primarie, UCCP), già previste dall'Accordo Collettivo Nazionale del 29 luglio 2009; il modello organizzativo-funzionale di presidio territoriale assistenziale sviluppato dalla Regione Emilia-Romagna, all'interno delle UCCP è stato, proprio, quello delle case della salute.

Il ruolo della casa della salute è, semplificando, quello di accogliere i cittadini e orientarli verso i servizi sanitari e socio sanitari necessari rispetto al bisogno presentato; dare assisten-

za sanitaria di primo livello per problemi ambulatoriali urgenti di competenza e di pertinenza del medico di medicina generale; dare la possibilità di completare i principali percorsi diagnostici che non necessitano del livello assistenziale ospedaliero e gestire le patologie croniche attraverso l'integrazione dell'assistenza primaria con i servizi specialistici presenti. L'integrazione è la parola chiave quando si parla di case della salute, e a questo riguardo si fa riferimento non solo ad una integrazione che avviene tra i professionisti operanti all'interno della stessa, ma che incide anche e necessariamente sull'assetto organizzativo, che sta alla base della struttura e che ne consente il funzionamento, garantendo una comunicazione continua tra nodi della stessa rete, ossia tra il nucleo di cure primarie, l'assistenza specialistica, la salute mentale e la sanità pubblica.

A fronte delle attività espletate all'interno della casa della salute, ai cittadini-utenti conseguono diversi vantaggi, quali: la garanzia di qualità e la tutela di presa in carico nei percorsi diagnostico terapeutico-assistenziali; il consolidamento del rapporto di fiducia già esistente col proprio MMG; la riduzione del disagio dell'utente con problemi urgenti, che potrà trovare risposta da un professionista anche se non è il proprio medico di famiglia; una maggiore probabilità di evitare l'accesso improprio al Pronto Soccorso; la possibilità di ottenere, grazie alla collaborazione del personale infermieristico e degli specialisti, risposta in un unico accesso ad una ampia gamma di prestazioni (pur restando nell'area della assistenza primaria); la garanzia, come più volte sottolineato, di essere presi in carico da un'équipe di professionisti sanitari e sociali in modo integrato ed infine la certezza di potersi rivolgere ad un punto di riferimento riconoscibile.

D'altronde la casa della salute offre numerosi vantaggi anche per i professionisti che vi operano, come ad esempio: il miglioramento dell'attività clinica dei medici attraverso la riduzione dell'iperafflusso nei giorni post-festivi e gli scompensi prodotti da improvvise urgenze durante l'attività ambulatoriale; la possibilità di riappropriarsi di quei pazienti che, non trovando disponibilità dal proprio medico, si indirizzano verso servizi inappropriati per i loro problemi; l'opportunità di lavorare utilizzando gli strumenti della clinical governance, oltre ad usufruire di vantaggi derivanti dalla forte integrazione tra le diverse figure professionali coinvolte.

Quanto, infine, alla organizzazione dei servizi, negli ultimi dieci anni si è assistito a una progressiva e costante riduzione delle Ausl; attualmente, il servizio sanitario regionale è costituito da:

- otto Aziende sanitarie coincidenti con il territorio delle ex Province di: Bologna, Ferrara, Imola, Modena, Parma, Piacenza, Reggio Emilia, della Romagna;
- cinque Aziende Ospedaliere: l'Azienda Ospedaliera di Reggio Emilia e le Aziende Ospedaliere-Universitarie di Bologna, Ferrara, Modena e Parma;
- quattro Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (Irccs): l'Istituto Ortopedico Rizzoli di Bologna, l'Istituto delle scienze neurologiche di Bologna (all'interno dell'Azienda Usl di Bologna), l'Istituto in tecnologie avanzate e modelli assistenziali in oncologia di Reggio Emilia (all'interno dell'Azienda Ospedaliera di Reggio Emilia), l'Istituto scientifico romagnolo per lo studio e la cura dei tumori di Meldola.

3.2. L'integrazione tra sociale e sanitario

Altro tema che da anni si trascina stancamente, senza addivenire a soluzioni concrete e condivisibili, è quello dell'integrazione socio-sanitaria. Non vi è dubbio che ciò che si intendeva per assistenza sanitaria e ospedaliera ai sensi della precedente formulazione dell'art. 117 della Costituzione, oggi abbia canoni interpretativi del tutto differenti. Se l'assistenza ospedaliera ha, in parte, mantenuto i suoi caratteri originari pur alla luce delle più recenti innovazioni dal punto di vista tecnologico – mi riferisco soprattutto all'ambito chirurgico –, l'assistenza sanitaria si è evoluta in maniera esponenziale.

3.2.1. L'assistenza a domicilio

Quei reparti di lungodegenza, cui eravamo abituati a confrontarci in ordine al rilevante peso di carattere finanziario, tradizionali ausili di parcheggio per famiglie ed operatori sanitari, oggi non trovano più una loro giustificazione e sostenibilità economica, non ce li possiamo più permettere. A questi vanno un po' ovunque sostituendosi forme assistenziali più leggere, di larga diffusione, centrate sulle lungoassistenze in ambiente familiare. L'assistenza sanitaria non può non coniugarsi con un profondo e forte legame con quella sociale, proprio per affrontare efficacemente le più diffuse sintomatologie che gravano pesantemente tanto sui bilanci delle famiglie quanto su quelli delle aziende sanitarie.

“È proprio con riferimento alle assistenze a domicilio che si nota una peculiare attenzione nel voler sviluppare una forma assistenziale che – a fronte di patologie croniche e cronicodegenerative ed alla conseguente perdita, da parte del paziente, di un considerevole numero di autonomie – offre una serie di vantaggi: consente di monitorare una accettabile qualità di vita; valorizza l'integrazione fra componenti sanitarie e sociali; esalta il ruolo della famiglia nel metabolizzare gli apporti di risorse non professionali; costa meno di ogni altra alternativa”¹².

Ecco perché la crescita dell'offerta di assistenza domiciliare rappresenta, in particolare per il nostro Paese notevolmente insufficiente rispetto alla media europea, una emergenza da affrontare con una visione, necessariamente unitaria, che porta ad una contrazione di servizi ospedalieri e, conseguentemente, ad uno sviluppo di quelli territoriali.

Lo sviluppo dell'assistenza domiciliare, il sempre maggiore apporto del privato sociale, con la sua presenza e funzione sussidiaria, oggi rappresentano obbligatorie vie da percorrere attraverso discipline quanto più uniformi ed unitarie, proprio perché le diversità di trattamenti e di opportunità si prestano facilmente a speculazioni dal punto di vista politico, senz'altro da evitare.

3.2.2. Il welfare di comunità

Il welfare state va evolvendo verso una nuova forma di welfare di comunità all'interno del quale andranno sempre più integrandosi la dimensione istituzionale e quella volonta-

¹² Per un'analisi molto approfondita ed accurata si rinvia al recente volume F. FOGLIETTA, *Crisi e dopo-crisi del Servizio Sanitario Nazionale*, cit.

ria. Del resto sono già innumerevoli i positivi esempi di tali forme di collaborazione, non sempre ugualmente diffuse nel territorio nazionale: pensiamo alla rete delle emergenze-urgenze, l'importantissima realtà del 118; alla gestione degli *hospice* e alle svariate offerte di assistenza domiciliare oncologica; alle sempre più necessarie attività di inclusione di immigrati e rifugiati.

“La tutela della salute rimane, pertanto, funzione pubblica; vengono a modificarsi, invece, le modalità attraverso cui essa può essere assicurata. Non rinunciare né oggi né mai a questo principio fondativo significa rifiutare ogni visione puramente liberista del governo della sanità”¹³.

D'altronde, questa sempre maggiore attenzione alla sperimentazione di nuovi modelli assistenziali che siano in grado di fornire una risposta adeguata alle esigenze del paziente, pur mantenendo quanto più inalterate qualità e quantità delle prestazioni garantite dal nostro welfare, porta a ritenere sempre più importante la valorizzazione della professione infermieristica.

¹³ F. FOGLIETTA, *Crisi e dopo-crisi del Servizio Sanitario Nazionale*, cit., p. 79.

Osservatorio sui sistemi sanitari

Osservatorio sui sistemi sanitari

Dalle diadi alle costellazioni: considerazioni sulle pratiche multiprofessionali nei contesti sociosanitari*

Anna Rosa Favretto**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'integrazione sociosanitaria nei contesti di cura. – 3. L'integrazione multiprofessionale nei contesti ad alta densità relazionale. – 4. Multiprofessionalità e integrazione: esiti di un percorso accidentato. – 5. L'integrazione sociosanitaria come fatto sociale complesso

1. Premessa

L'integrazione sociosanitaria intesa come fenomeno sociale rappresenta l'insieme di risposte a carattere istituzionale, organizzativo, gestionale nate sulla scorta di almeno due importanti trasformazioni: la mutata sensibilità in merito alla centralità della persona, quest'ultima considerata nella sua interezza e non come semplice essere portatore di malattia e di bisogni sociali, e un differente modo di concepire e organizzare l'erogazione delle cure, oggi improntato ai principi dell'organizzazione manageriale¹ o, come sostenuto in una parte di letteratura, improntato ai principi del neo-liberismo.

* Relazione al XV Convegno nazionale di diritto sanitario "Il sociosanitario: una scommessa incompiuta?", organizzato ad Alessandria, il 16-17 novembre 2017, dal Centro d'eccellenza interdipartimentale per il management sanitario (CEIMS) dell'Università del Piemonte Orientale, con il patrocinio della Società italiana di diritto sanitario (SoDiS). Contributo referato dalla Direzione della Rivista.

** Professoressa associata di Sociologia giuridica, della devianza e del mutamento sociale nell'Università del Piemonte Orientale, annarosa.favretto@uniupo.it

L'integrazione sociosanitaria così intesa rappresenta, inoltre, un insieme di risposte alle concrete esigenze di cura e di accudimento delle persone, risposte erogate a livello dei singoli contesti, che si realizzano sia sul piano dell'integrazione multiprofessionale, sia sul piano dell'integrazione dei molteplici servizi². Infatti è proprio nelle concrete "scene della cura", per utilizzare il lessico di Lusardi e Manghi³, che l'integrazione professionale e dei servizi è chiamata a essere modalità operativa per svolgere le proprie funzioni nel più ampio disegno dell'integrazione.

Nel presente lavoro verranno individuati e discussi proprio alcuni elementi critici rilevabili nell'integrazione multiprofessionale a livello microsociale. Lo si farà analizzando diversi aspetti relativi all'influenza che le forme organizzative e di gestione del multiprofessionale possono avere sul riconoscimento degli elementi relazionali presenti in ogni scena della cura. Il lavoro si colloca, dunque, sul versante della ricognizione delle condizioni che rendono applicabile il diritto alla salute declinato soggettivamente, con attenzione particolare alla strutturazione dei contesti di cura e di accudimento che rappresentano quei luoghi sociali in cui si manifestano maggiormente gli effetti concreti dell'integrazione sociosanitaria sulla vita delle singole persone e delle comunità.

2. L'integrazione sociosanitaria nei contesti di cura

In molte ricerche condotte con pazienti adulti e bambini e con le loro reti di cura e di accudimento – professionali, parentali, amicali – è stato rilevato quanto l'integrazione multiprofessionale abbia un ruolo fondamentale nella percezione individuale e collettiva del ricevere e dell'erogare prestazioni di qualità, rispettose di tutti coloro che partecipano alla scena della cura, realmente orientate verso il principio della personalizzazione delle cure. L'ipotesi di lavoro qui discussa è che quanto più il multiprofessionale e il multiservizio sono integrati al loro interno, quanto più le caratteristiche relazionali che connotano sia le relazioni terapeutiche, sia gli interventi di aiuto e di sostegno di qualità elevata hanno possibilità di essere riconosciute e valorizzate. Infatti, come è noto, per la costruzione di interventi soddisfacenti e di qualità non è sufficiente che gli interventi stessi siano di elevato standard professionale e scientifico, così come non è sufficiente che essi siano adatti alla persona e al suo contesto di vita, ma è necessario che siano anche definiti, programmati e realizzati in un contesto "denso" dal punto di vista relazionale, ossia in un contesto dove le interazioni siano frequenti, siano in grado di coinvolgere tutti i punti della rete professio-

¹ G. BISSOLO, L. FAZZI (a cura di), *Costruire l'integrazione sociosanitaria*, Roma, Carocci, 2009.

² D. REI, M. MOTTA, *Ricomporre il Welfare. Ragionamenti e materiali sulla integrazione socio-sanitaria*, Torino, Il Segnalibro, 2011.

³ R. LUSARDI, S. MANGHI, *I limiti del sapere tecnico: saperi sociali nella scena della cura*, in G. VICARELLI (a cura di), *Cura e salute. Prospettive sociologiche*, Roma, Carocci, 2013, pp. 145-174.

nale e dell'utenza secondo necessità, siano improntate all'ascolto qualificato – tutti coloro che vi agiscono debbono poter avere spazi di parola – e dove le relazioni siano stabili o stabilizzabili⁴. In altre parole, in un contesto dove la frammentazione e le discontinuità tra servizi e tra professionisti siano ridotte o quasi annullate, dove gli interlocutori siano riconoscibili e stabili, dove le erogazioni trovino una regia di sintesi, dove vengano garantiti spazi di parola tanto strutturati, quanto informali. Ciò presuppone uno sforzo relazionale notevole operato anche dai professionisti, e non soltanto dai pazienti e dalle loro reti, sforzo che necessita di essere sostenuto da forme organizzative adeguate.

In questa prospettiva, i contesti in cui le cure e le attività di assistenza e di aiuto vengono erogate rappresentano il portato dell'integrazione che avviene ai livelli macro e mesosociale – quindi con integrazione istituzionale, organizzativa e gestionale – insieme con gli esiti dell'integrazione che avviene a livello microsociale, nelle singole scene della cura, tra tutti gli attori che in esse svolgono le loro attività. Tuttavia gli operatori sanitari e del sociale non sono gli unici soggetti impegnati nell'opera di integrazione. Un ruolo importante è sostenuto dai pazienti-utenti e dalle loro reti, come avverte una consolidata tradizione sociologica, la quale considera proprio gli utenti e i loro *caregivers* attori che svolgono un'importante quota di attività nella divisione del lavoro sociale necessaria alle cure e all'accudimento. Le argomentazioni qui proposte intendono porsi sulla scia di questa tradizione e seguono, in particolare, la lezione di un grande sociologo della medicina, Strauss, nelle cui analisi riguardanti i contesti di cura sono stati posti vividamente in evidenza i compiti svolti dai pazienti e dai loro *caregivers*⁵.

La visione interazionista adottata da Strauss e dai suoi collaboratori, che considera tutti coloro che agiscono nei contesti della cura come veri e propri attori protagonisti delle attività che in tali contesti si svolgono, permette di individuare l'esistenza di relazioni improntate alla negoziazione in tutte le scene della cura e del prendersi cura, con la necessaria e conseguente costruzione di un vero e proprio ordine negoziato. Ne consegue che tutti coloro che sono chiamati a organizzare e a rendere operativa l'integrazione sociosanitaria, se collocati in questa prospettiva attenta al lavoro sociale svolto anche dai pazienti-utenti e dalle loro reti, devono necessariamente interrogarsi sulle modalità di partecipazione delle persone che ricevono cure e assistenza e dei loro *caregivers*, chiarendo, *a priori*, il modello di *empowerment* e di partecipazione a cui intendono fare riferimento nelle prassi operative; in aggiunta, a un livello di complessità più ampia, devono attribuire grande peso alla considerazione secondo la quale l'*empowerment* stesso si modula in modo diffe-

⁴ La letteratura scientifica nazionale e internazionale, a questo proposito, è molto ampia. Per una trattazione delle forme di integrazione sociosanitaria attente alla personalizzazione e al ruolo attivo dei pazienti e delle loro reti, cfr. G. VICARELLI (a cura di), *Oltre il coinvolgimento. L'attivazione del cittadino nelle nuove configurazioni del benessere*, Bologna, il Mulino, 2016.

⁵ A.L. STRAUSS, L. SCHATZMAN, R. BUCHER, D. EHRLICH, M. SABSHIN, *The Hospital and Its negotiated Order*, in E. FREIDSON (a cura di), *The Hospital in Modern Society*, New York, The Free Press, 1963, pp. 147-168.

renziato lungo le traiettorie di malattia e dei bisogni di assistenza, in quanto l'utente-attore declina il proprio ruolo e il proprio agire secondo differenti modalità, calibrate di volta in volta sulle proprie necessità e nei differenti contesti di azione. Per esempio, egli può divenire, di volta in volta, secondo una tipologia recentemente proposta, utente-cliente, utente-beneficiario, utente-paziente, utente di comunità, utente-professionalizzato⁶.

L'integrazione sociosanitaria orientata verso la personalizzazione e il riconoscimento della centralità degli elementi relazionali, dunque, riconosce il lavoro sociale compiuto dagli utenti e dai loro *caregivers*, ritenendoli veri interlocutori; è consapevole che le scene della cura e dell'accudimento sono ambiti sociali il cui l'ordine interno è costruito secondo modalità negoziali, e ciò anche quando esse si presentano come estremamente conflittuali oppure, viceversa, quasi completamente *compliant*; riconosce, infine, che le modalità dell'attivazione degli utenti e dei loro *caregivers* sono sensibili al contesto e su di esso si modulano in relazione ai bisogni, mutevoli nel tempo, di cui gli utenti stessi e la loro rete sono portatori.

3. L'integrazione multiprofessionale nei contesti ad alta densità relazionale

Prendendo in esame la letteratura sociologica più attenta all'influenza delle dinamiche organizzative sulla strutturazione delle scene della cura e sulle vite degli utenti, con particolare riferimento all'integrazione multiprofessionale, possiamo enucleare alcuni tra gli ostacoli che possono interferire con la creazione di questa necessaria densità relazionale. Un primo ostacolo riguarda la presenza di paradigmi di riferimento e di logiche professionali differenti - quindi la presenza di differenti mandati - nel medesimo contesto. La letteratura specialistica abbonda di considerazioni in questo senso, sottolineando non soltanto gli effetti disfunzionali che tale differenza può ingenerare, qualora non ben gestita, ma anche, e soprattutto, la prevalenza del paradigma biomedico nella decodifica dei bisogni e nella progettazione degli interventi. Questo secondo aspetto è di sicura rilevanza, sebbene venga frequentemente esaminato in modo semplicistico come prevaricazione di una categoria professionale, quella sanitaria, sulle altre.

Il tema è interessante perché, tralasciando le inutili semplificazioni, richiama l'attenzione sulla centralità dei processi di medicalizzazione e di normalizzazione delle vite individuali e collettive attraverso riferimenti biomedici, con la conseguente interiorizzazione, anche da parte degli operatori del sociale, di modelli operativi di carattere sanitario a scapito di

⁶ F. VADELAGO, *Le dimensioni del ruolo sociale dell'utente-attore*, in G. VICARELLI, *Oltre il coinvolgimento. L'attivazione del cittadino nelle nuove configurazioni del benessere*, cit., pp. 43-60; M. BRONZINI, *Relazione di cura e modelli di attivazione*, *ivi*, pp. 141-166.

modelli peculiari delle professioni dell'aiuto sociale. Scarscelli⁷, nella sua esplorazione del tema, rileva che tra le modalità attraverso cui il paradigma biomedico diventa dominante anche negli interventi di natura sociale, vi sono non soltanto elementi di natura simbolico/culturale, ma anche elementi di natura professionale/trattamentale. Gli effetti di questa assunzione del modello di trattamento medico come principale riferimento da parte degli operatori del sociale può indurre, secondo l'autore, a forme di passività operativa, al riconoscimento della centralità dei saperi esperti come fonte privilegiata della ricognizione dei bisogni degli utenti, alla lettura individualistica, e non sociale, di tutti i problemi e i bisogni, alla biologizzazione dei bisogni stessi. Uno degli antidoti a disposizione degli operatori, secondo Scarscelli, è l'adozione di modelli esperti che sappiano essere inclusivi degli utenti, rappresentando gli utenti stessi il punto di avvio delle attività di osservazione, di interpretazione e di gestione dei problemi e dei bisogni in modo effettivamente ed efficacemente multidimensionale.

Se la contaminazione tra gli ambiti professionali pare favorire la colonizzazione del sanitario sul sociale non soltanto a causa del maggiore peso delle professioni sanitarie, ma anche in ragione dell'interiorizzazione da parte degli operatori sociali di modelli medicalizzanti della lettura dei bisogni, di tutti i bisogni, siano essi fisici, psicologici o sociali, ne discende che muovendo da una decodifica medicalizzata, non può darsi che una risposta, anche sociale, tendente al medicalizzante. Il rischio, nonostante l'utilizzo di ben congegnate schede di valutazione multidimensionale, è di ottenere non tanto la ricognizione dei bisogni nella loro multidimensionalità, quanto la declinazione in chiave medicalizzata di bisogni sociali, accanto all'individuazione di bisogni sanitari⁸.

Particolarmente interessante, al proposito, risulta essere la letteratura che ha esplorato la presenza e l'azione del servizio sociale nei contesti sanitari, presenza che ha rappresentato il primo contesto organizzato di integrazione sociosanitaria. Auslander⁹ in un suo lavoro seminale che ripercorre la storia del servizio sociale ospedaliero – storia che vede i suoi albori nel Regno Unito, nel 1891, e che si struttura in modo formale a partire dal 1905 negli Stati Uniti – rintraccia alcuni elementi caratterizzanti la natura specifica del lavoro sociale in ambito sanitario lungo il filo del tempo, fino ai giorni nostri. Il primo di questi elementi riguarda l'attuale e graduale scivolamento da un "vecchio" paradigma medico, completamente costruito a partire da elementi di natura scientifico-razionale di carattere biologico e in cui la cura era concepita come un processo lineare di tipo fisico, a una pluralità di "nuovi" modelli. Salute e malattia sono oggi sempre più considerati e trattati non soltanto per la loro componente biologica, ma anche per un ampio ventaglio di altri fattori, tra cui quelli

⁷ D. SCARSCCELLI, *Medicalizzazione della devianza, controllo sociale e Social Work*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2015, pp. 37-64.

⁸ M. BRONZINI, *Le frontiere indefinite della medicina e la medicalizzazione del vivere*, in G. VICARELLI (a cura di), *Cura e salute. Prospettive sociologiche*, cit., pp 51-86.

⁹ G. AUSLANDER, *Social Work in Health Care. What Have We Achieved?*, in *Journal of Social Work*, 1, 2001, pp. 201-222.

psicologici, contestuali, sociali. Ciò pare non essere un elemento nuovo nella storia del servizio sociale in contesti sanitari, ci ricorda Auslander, in quanto il riferimento alla salute e alla malattia come esito dell'influenza reciproca di vari fattori è presente già dalle origini, al punto che già nella Londra degli inizi del Novecento gli operatori sociali sostenevano pubblicamente che molte delle malattie di cui soffriva la classe operaia erano il frutto delle condizioni di vita e che il semplice trattamento medico risultava, di fatto, insufficiente¹⁰. Queste considerazioni, sebbene fondate sull'osservazione di fatti visibili ai più, stentaronno a essere accolte dal mondo della medicina e furono ritenute degne di considerazione soltanto in periodi molto recenti, quando iniziarono a essere utilizzate nell'organizzazione dei servizi per la salute in funzione della promozione della *compliance* dei pazienti. Tousijn¹¹ sostiene che l'avvento di questa sensibilità, che ha portato lentamente con sé le istanze dell'integrazione socio-sanitaria, è risultata essere, nei fatti, uno degli elementi che ha contribuito a scardinare la dominanza medica in sanità. Non stupisce, dunque, che in ambito sanitario siano state a lungo registrate forme di resistenza alla condivisione della lettura dei bisogni tra sanitario e sociale.

Seguendo la ricostruzione storica proposta da Auslander, nel corso del Novecento si sono determinate alcune modalità di integrazione tra servizio sociale e sanità che hanno visto, da un lato, un crescente riconoscimento giuridico e formale delle professioni del sociale nel sanitario (sebbene tale riconoscimento non sia ancora diffuso in modo universale); d'altro lato, la prevalenza di un ruolo ancillare assegnato al servizio sociale. Tale ancillarità ha assunto talvolta la forma della vera e propria esclusione da alcuni ambiti, quale quello della ricerca in contesto sanitario, ritenuti esclusivo patrimonio delle professioni sanitarie: «Various researchers and authors have claimed that social workers do not carry out practice-based research, lack the skills to do research, do not use research to inform their practice, are turned off by empirical data, are more likely to turn to supervisors and colleagues for knowledge than to research reports; that the writing of academics contributes little to practice knowledge»¹². Posto che queste osservazioni siano ancora oggi fondate, e ciò indicherebbe l'esigenza, per gli operatori del servizio sociale, di progredire nello sviluppo di proprie metodologie e di propri campi di ricerca, la ricognizione di Auslander rileva come in ambito sanitario sia problematica soprattutto la conciliazione del paradigma biomedico, razionale e fondato – almeno nominalmente- sull'oggettività, e l'essenza degli interventi del servizio sociale, che prevedono l'utilizzo di modelli di intervento fondati sull'adeguatezza al singolo caso, irripetibile e unico, e sulla “pratica diretta”, con interventi di natura psicosociale. Nonostante le difficoltà di integrazione tra modalità di intervento che, muovendo da filosofie di differenti, si concretizzano in pratiche che possono apparire

¹⁰ Ivi, p. 211.

¹¹ W. TOUSIJN, *I rapporti inter-professionali in sanità: dal vecchio e nuovo professionalismo*, in *Salute e Società*, 3, 2015, pp. 44-55.

¹² G. AUSLANDER, *Social Work in Health Care*, cit., pp. 213

addirittura antinomiche, un maggiore riconoscimento della filosofia professionale degli operatori sociali nel campo sanitario, a nostro avviso potrebbe condurre non soltanto a una migliore erogazione dei servizi, ma anche a riflessioni più ampie di natura sociale sulle difficoltà di accesso ai servizi stessi, sugli ostacoli alla loro utilizzazione, sui risultati complessivi ottenuti con gli interventi erogati e, come sostiene ancora Auslander¹³, sull'identificazione dei valori culturali e delle norme di cui sono portatori proprio coloro che organizzano ed erogano i servizi per la salute e l'assistenza.

Un secondo ostacolo alla creazione di contesti della cura densi dal punto di vista relazionale è di natura organizzativo-gestionale e riguarda, in particolare, l'influenza delle forme di razionalizzazione su base tecnologico-procedurale utilizzate sempre più frequentemente per rispondere alle sfide poste dalla complessità degli interventi¹⁴. In letteratura vengono segnalati numerosi limiti e distorsioni riguardanti proprio gli interventi in cui l'integrazione sociosanitaria si fonda prevalentemente su procedure standardizzate e informatizzate. Nell'economia del presente lavoro preme soltanto sottolineare il rischio rappresentato dal fatto che in queste forme tecnologico-procedurali, frequentemente gli elementi di natura relazionale tendono a essere considerati residuali per l'integrazione stessa, sebbene, come abbiamo visto, essi rappresentino il nucleo delle attività qualora si eroghino servizi orientati verso la personalizzazione delle cure e degli interventi sociali. Ci riferiamo, in particolare, all'integrazione strutturata soprattutto attraverso procedure informatizzate, quando esse si presentano prevalenti rispetto al lavoro di équipe interprofessionale, con una scarsa presenza in forma attiva sia degli utenti e della loro rete, sia di quegli operatori che sono professionalmente attrezzati per una lettura multidimensionale dei bisogni, per interventi modellati sulle forme di "pratica diretta", quindi estremamente flessibili e adeguabili al rapido mutamento dei bisogni degli utenti-pazienti e particolarmente in grado di produrre una continua personalizzazione degli interventi¹⁵. In altre parole, essendo le dimensioni soggettive degli utenti e delle loro reti centrali nella "pratica diretta" propria dei modelli di intervento sociale, nelle attività in cui l'integrazione sociosanitaria si attua prevalentemente con procedure standardizzate e informatizzate risulta difficoltoso rendere operativi alcuni degli elementi centrali dell'opera dei servizi sociali, come il tenere costantemente in considerazione gli aspetti soggettivi, e dunque mutevoli, dei percorsi di cura e di aiuto¹⁶. L'integrazione sociosanitaria affidata in modo prevalente all'informatizzazione delle procedure può produrre, inoltre, un'ulteriore limitazione della valorizzazione degli aspetti relazionali degli interventi di cura e del prendersi cura. Infatti, non agevola il considerare

¹³ Ivi, p. 216.

¹⁴ R. LUSARDI, S. MANGHI, *I limiti del sapere tecnico: saperi sociali nella scena della cura*, cit.

¹⁵ S. MANGHI, R. LUSARDI, *Défis relationnels dans la scène du soin hospitalier: conflits et possibilités*, in G. FERRÉOL (a cura di), *Systèmes de santé et politiques des soins: vers de nouveaux défis?*, Louvain-la-Neuve, EME Edition, 2018, pp. 13-28.

¹⁶ S. FARGION, W. WIELANDER, D. PINTARELLI, *Il servizio sociale in ambito ospedaliero: riflessioni sull'interprofessionalità in un contesto di equilibrio di potere*, in *Autonomia locali e servizi sociali*, 2, 2017, pp. 299-314, p. 301.

come fonte di informazione importante e sistematica ogni singola interazione con gli utenti e la loro rete¹⁷. Ciò conduce con sé un ulteriore rischio, ossia la lettura dei problemi e dei bisogni in chiave semplificata, in quanto individualizzata, sottoutilizzando le potenziali funzioni degli operatori sociali in sanità come, per esempio, la riduzione delle disuguaglianze sociali nell'accesso alle cure e ai servizi. Infatti, come sostiene Beddoe¹⁸: «Social work has an historical tradition of regarding any threats to health and well-being as being much more than disease and can work in primary care to attack the links between health and social inequalities».

Un terzo ostacolo alla creazione di un ambiente relazionale denso è ravvisabile proprio al livello delle scene della cura, ossia proprio in quei luoghi sociali dove gli aspetti relazionali potrebbero essere più ampiamente rintracciati, coltivati, valorizzati. L'aspetto disfunzionale è rappresentato dal fatto che la persona venga considerata non nella sua completezza, come invece dovrebbe avvenire secondo lo spirito dell'integrazione sociosanitaria, ma nella sua semplice, duplice veste di assistito e di paziente, mero destinatario di interventi specialistici di natura sociale e sanitaria, secondo un vettore che procede dall'alto, i professionisti, al basso, l'utente stesso e la sua rete. Tuttavia nella scena della cura la persona che necessita di aiuto e i suoi *caregivers* svolgono, come abbiamo evidenziato, una quota importante di lavoro sociale, quota che se opportunamente riconosciuta e valorizzata nella sua valenza di "lavoro da svolgere", rendendo l'utente stesso e i suoi *caregivers* attori della multiprofessionalità, può rappresentare uno strumento potente per innalzare la qualità delle interazioni e delle relazioni in questi specifici contesti. Quando il riconoscimento della quota di lavoro sociale svolto da queste figure è elevato, non è possibile esimersi dal rispondere a domande che, dal punto della gestione, risultano complesse. Si tratta di domande che riguardano proprio l'ampliamento delle figure titolate ad avere spazio di parola nella definizione dei bisogni e nella composizione degli intereventi; che riguardano l'esistenza, o meno, della disponibilità riconosciuta e accordata alla negoziazione che potrebbe rivelarsi necessaria tra tutti gli attori convenuti sulla scena della cura; che riguardano le figure legittimate a negoziare, e con quale potere, sulla scena della cura; infine, domande che riguardano le caratteristiche delle forme organizzative e delle modalità di intervento migliori per realizzare un'integrazione sociosanitaria volta a garantire davvero l'esistenza di spazi di parola utilizzabili da tutti coloro che svolgono quote di lavoro sociale in questi contesti.

¹⁷ R. LUSARDI, *Pratiche di welfare nel terzo millennio: verso l'integrazione sociosanitaria tra organizzazioni, tecnologie e professioni*, in *Salute e Società*, 3, 2015, pp. 185-209.

¹⁸ L. BEDDOE, *Health social work: professional identity and knowledge*, in *Qualitative Social Work*, 12 (1), 2011, pp. 24-40, 38.

Al proposito è illuminante una ricerca etnografica realizzata da Lusardi¹⁹ in Emilia Romagna, in relazione alle pratiche per l'integrazione. Lo studio ha dato origine alla rilevazione di due distinti modelli di integrazione sociosanitaria, di carattere paradigmatico, resi secondo due metafore: i binari ferroviari e la rotatoria stradale.

Con la prima metafora, i binari ferroviari, si fa riferimento a un modello di integrazione di carattere eminentemente procedurale, laddove le componenti sociali e sanitarie sembrano procedere lungo binari paralleli, indipendenti, ma orientate verso la medesima direzione, individuata e concordata a monte, con una stazione di partenza condivisa, uno scambio intermedio che può riorientare il percorso e una stazione di arrivo, presso la struttura o il domicilio del paziente, con la continuazione dell'erogazione dei servizi sociali e sanitari del caso. In questo modello le occasioni di scambio tra professionisti sono proceduralizzate, circoscritte, limitate, gerarchicamente preordinate. Si aggiunge a quanto richiamato una nostra osservazione: in questo modello le interazioni con i pazienti/utenti e i loro *caregivers* sono gestite sempre in forma diadica, o con l'operatore sanitario, o con quello sociale. La netta separazione tra mondo sociale e sanitario, ci dice lo studio, di carattere logistico e relazionale, in virtù della quale i mondi degli uni e degli altri sono reciprocamente poco conosciuti, è superata attraverso una infrastruttura informatica specifica, che ricompone micro-mondi organizzativi disseminati spazialmente, i quali realizzano le loro attività in un'inevitabile frammentazione del senso degli interventi, utilizzando forme di comunicazione prevalentemente digitali.

Con la seconda metafora, la rotatoria stradale, si fa riferimento a un modello di integrazione di carattere culturale. Le due componenti del servizio studiato vivono in condivisione logistica e istituzionale, fondata su norme stabilite a monte dalle due diverse istituzioni di appartenenza. I due gruppi procedono su corsie adiacenti, con specifici confini professionali, sebbene i confini di competenza non appaiano delineati in modo netto ma sono, all'occorrenza, condivisi. L'integrazione avviene per la costante esposizione all'altro, nel contesto del *problem solving* e nel lavoro "situato". Le comunicazioni sono prevalentemente analogiche, senza soluzioni di continuità, sebbene prevedano anche forme strutturate di scambio. L'integrazione è costruita in modo culturale perché il senso degli interventi è costruito insieme e si struttura intorno a due elementi organizzativi importanti, ossia le specifiche condizioni logistiche e l'esistenza di rituali collaborativi formali e informali, che accrescono l'interdipendenza. In questo caso, abbiamo la costruzione di una comunità di pratica che, secondo una osservazione aggiuntiva che qui si propone, pare rappresentare la condizione ideale per valorizzare il contributo degli utenti/pazienti e dei loro *caregivers*, superando la diadicità relazionale e contribuendo in tal modo a rendere i contesti delle

¹⁹ R. LUSARDI, *Pratiche di welfare nel terzo millennio: verso l'integrazione sociosanitaria tra organizzazioni, tecnologie e professioni*, cit.

cure densamente relazionali proprio a partire dall'integrazione professionale resa possibile da specifiche modalità di integrazione organizzativa.

4. Multiprofessionalità e integrazione: esiti di un percorso accidentato

L'analisi delle varie forme applicative dell'integrazione sociosanitaria sul territorio italiano potrebbe arricchirsi in relazione a quanto fino a ora illustrato. In particolare, potrebbero essere utilizzati come indicatori di integrazione anche i risultati ottenuti a livello delle singole scene della cura e dell'accudimento, a partire dall'introduzione di quegli elementi che abbiamo rilevato come importanti per la creazione di contesti relazionali densi, necessari per interventi realmente personalizzati: forme strutturate e continue di ascolto dei pazienti (dove possibile) e dei loro *caregivers*; adozione di contiguità logistica tra i professionisti sociali e sanitari chiamati a intervenire sui singoli casi; fluidità delle comunicazioni tra professionisti, limitando all'indispensabile la proceduralizzazione degli scambi in una logica improntata al *problem solving*. In questa prospettiva, il livello di integrazione sociosanitaria potrebbe essere misurato non soltanto al livello istituzionale, organizzativo e gestionale, ma anche a livello dei singoli contesti di erogazione delle cure e dell'accudimento²⁰, utilizzando strumenti già validati, standardizzati o non standardizzati, o costruendone di specifici, fermo restando il riconoscimento della necessità del superamento della visione diadica dei soggetti impegnati nella scelta degli interventi e della loro erogazione – operatore e utente, eventualmente accompagnato dal *caregiver* - a favore di una visione che rimanda a una costellazione costituita da tutti i soggetti che agiscono in modo negoziale nelle scene della cura e dell'accudimento, creando insieme struttura e ordine.

Osservando la situazione italiana, possiamo affermare che l'implementazione delle norme non pare avere sfruttato appieno gli strumenti messi a disposizione dalla normativa vigente. In particolare, strumenti come le case della salute e l'organizzazione di sportelli unici sociosanitari, sostenuti da un impianto organizzativo importante quale quello dei distretti e della coincidenza degli ambiti di erogazione dei servizi sociali e sanitari²¹, parrebbero, in potenza, valide forme operative per la creazione di contesti relazionali densi.

Richiamando, nello specifico, la situazione piemontese, per essa è stata rilevata una sorta di contrapposizione mai troppo superata tra sanitario e sociale²². Il Piemonte, tuttavia, presenta peculiari situazioni locali, anche ampie, che procedono con buoni livelli di integrazione, per esempio con l'attivazione di sportelli unici e di unità di valutazione multidimen-

²⁰ S.L. HEPP, E. SUSTER, K. JACKSON, S. DEUTSCHLANDER, E. MAKWARIMBA, J. JENNINS, L. BIRMINGHAM, *Using an interprofessional competency framework to examine collaborative practice*, in *Journal of Interprofessional Care*, 29 (2), 2015, pp. 131-137

²¹ D. SERVETTI, *Esiste un modello sanitario piemontese?*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, pp. 121 ss.

²² Ivi.

sionale. Nel campo della cronicità, inoltre, sono stati posti in essere anche contesti della cura che risultano capaci di realizzare integrazione in misura superiore, per esempio con gli interventi di cure primarie gestiti dall'infermieristica di territorio che coordina i medici di medicina generale, gli specialisti ospedalieri e le figure del sociale. Infine, gli ambulatori per la salute in montagna, così come l'esperienza delle case della salute, soprattutto quelle definite "storiche", laddove il tentativo è quello di offrire contemporaneamente cure primarie e interventi sociosanitari di qualità. Più in generale, si ritiene che le case della salute potrebbero rappresentare luoghi che, per le loro caratteristiche di continuità logistica tra professionisti e per la creazione di contatti costanti, siano in grado di realizzare in misura maggiore le condizioni ambientali necessarie per la costruzione di integrazione culturale anche per mezzo dell'alta densità relazionale, così come con l'ausilio del riconoscimento della quota di lavoro sociale svolto dagli utenti e della loro maggiore partecipazione.

Analoghe forme di integrazione possono essere rintracciate nel territorio alessandrino. In particolare, l'esperienza storica di integrazione multiprofessionale dell'Asl di Casale Monferrato e Valenza, che si presentava istituzionalmente e logisticamente integrata (stesso luogo, stesso ente), ha permesso lo sviluppo costante di una cultura comune e la costruzione di senso condiviso degli interventi. Questa modalità di lavoro, opportunamente adattata, è stata successivamente applicata nel territorio dell'Asl di Alessandria, che vede l'integrazione realizzarsi tra Asl e il Consorzio attivo sul territorio (Cissaca). I gruppi di lavoro stanno così diventando realtà, sebbene piuttosto lentamente, spingendo verso la costituzione di gruppi di lavoro multiprofessionali e multiservizi tesi alla costruzione di una cultura comune. Un ulteriore attuale limite, sia per il sanitario, sia per il sociale è rappresentato dal non promuovere ancora a sufficienza l'integrazione di comunità, che si concretizza nel non "stare ad aspettare l'utente" quanto, viceversa, nel rintracciare le persone che necessitano di aiuto laddove il bisogno si manifesta. L'integrazione multiprofessionale, infatti, se intesa come volta alla creazione di contesti relazionali densi, e quindi efficaci, è necessario favorisca anche l'integrazione sociosanitaria di iniziativa e di comunità.²³ In questo caso, la metafora di riferimento è la rotonda stradale, con l'integrazione multiprofessionale che si realizza attraverso la costruzione di cultura organizzativa comune e di senso condiviso degli interventi.

²³ Per la comprensione della situazione piemontese e alessandrina mi sono avvalsa di colloqui di orientamento condotti con due figure apicali e di lunga esperienza della Regione Piemonte, il dott. Vittorio Demicheli e il dott. Roberto Stura, che ringrazio per la disponibilità. Ovviamente, è da ritenersi a mio carico ogni responsabilità circa l'interpretazione del contenuto dei colloqui.

5. L'integrazione sociosanitaria come fatto sociale complesso

Le considerazioni proposte intendono contribuire alla costruzione di pratiche multiprofessionali che si riferiscono all'integrazione sociosanitaria come fatto sociale complesso, in grado di stimolare la costruzione di scene della cura e del prendersi cura dense dal punto di vista relazionale e che permettano a tutti i professionisti, così come agli utenti e alla loro rete, di essere considerati parte attiva in esse, riconoscendo e valorizzando la quota di lavoro svolto da ognuno dei partecipanti e, al contempo, promuovendo alti standard nell'erogazione dei servizi.

La complessità dell'integrazione sociosanitaria, tuttavia, non risiede soltanto nei molteplici livelli sociali implicati nella sua costruzione, o nella molteplicità delle logiche professionali – pazienti e *caregivers* compresi – che conferiscono in essa, ma anche nella capacità di coinvolgere l'intera comunità, o di parti importanti della comunità stessa, e di influenzarne le trasformazioni strutturali e relazionali.

Come avverte l'analisi di Lusardi²⁴, proprio per la sua complessità l'integrazione sociosanitaria è uno strumento da maneggiare con cura. La centralità che la nostra società assegna alle risposte offerte per trattare la malattia e per promuovere la salute e il benessere, così come la centralità del paradigma biomedico per l'organizzazione della attuale vita sociale, conferiscono a tale integrazione un'importante forza strutturante del vivere associato inteso in senso più complessivo, così come le assegna la forza di modello che oltrepassa i confini del sociosanitario stesso. È proprio la sua forza strutturante, secondo scelte politiche, istituzionali e organizzative compiute a monte, che può favorire in molti altri ambiti organizzati della società o il diffondersi di forme dell'integrazione multiprofessionale orientate alla personalizzazione degli interventi, oppure il crescente utilizzo di forme dell'integrazione orientate alla proceduralizzazione delle pratiche. È, ancora, tale forza che può condurre o alla creazione di contesti a prevalenza relazionale per l'erogazione delle risposte ai bisogni, di qualsiasi natura essi siano, contesti che favoriscono la circolazione delle informazioni e la costruzione di spazi di parola, oppure la creazione di contesti a prevalenza tecnico-procedurale, che riducono a variabile residuale la densità relazionale. Infine, è tale forza che può favorire la diffusione nella società più ampia la creazione di modelli di integrazione orientati alla comunità, oppure l'utilizzo di modelli orientati alla lettura e alla gestione dei bisogni in chiave individualistica e semplificatrice.

Non resta che scegliere quale modello adottare: quello che prevede insieme giustapposti formati da tante diadi utente/professionista, oppure il modello che prevede la struttura-

²⁴ R. LUSARDI, *Pratiche di welfare nel terzo millennio: verso l'integrazione sociosanitaria tra organizzazioni, tecnologie e professioni*, cit.

zione di costellazioni formate da utenti, *caregivers*, professionisti e parte di risorse della comunità, strettamente interconnessi e interagenti.

La risposta, a nostro avviso, non può che essere orientata verso i principi della personalizzazione degli interventi e del rispetto della persona e delle sue reti sociali, secondo quanto previsto dal dettato costituzionale, per giungere alla strutturazione di scene della cura dense di relazioni ed efficaci nell'uso delle risorse pubbliche e delle comunità, utili a sviluppare ulteriori paradigmi e modelli di intervento che, muovendo dall'integrazione in ambito sanitario e sociale, sappiano stimolare la strutturazione di contesti sociali negoziali e coesi.

Appunti su reddito di inclusione, assistenza socio-sanitaria e vincoli sulle risorse disponibili*

Giorgio Grasso**

1. Il tentativo di questo breve contributo che, salvo alcuni aggiornamenti, conserva la struttura dell'intervento discusso al Convegno di cui si pubblicano ora gli Atti¹, è sondare uno degli intrecci di quella materia così complessa che è il "socio-sanitario"², come ci è stato mostrato da Emanuele Rossi nella sua relazione di apertura³, cercando in particolare di incastonare nel solco più generale della nostra giornata di studi il tema del c.d. reddito di inclusione (ReI), quale «misura unica a livello nazionale di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale», secondo quanto recita l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 147 del 2017 (ma vedi anche l'art.1, comma 1, lettera *a*), della legge delega n. 33 del 2017).

Non pare dubbio, infatti, che la povertà rappresenti una di quelle situazioni (o cause) di debolezza della persona, di cui il socio-sanitario, come oggetto di intersezione tra sanità e

* Intervento al XV Convegno nazionale di diritto sanitario "Il socio-sanitario: una scommessa incompiuta?", organizzato ad Alessandria, il 16-17 novembre 2017, dal Centro d'eccellenza interdipartimentale per il management sanitario (CEIMS) dell'Università del Piemonte Orientale, con il patrocinio della Società italiana di diritto sanitario (SoDiS). Contributo referato dalla Direzione della Rivista.

** Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università dell'Insubria, giorgio.grasso@uninsubria.it

¹ Il lavoro, nella sua versione originaria, è già stato pubblicato sull'*Osservatorio costituzionale*, 3/2017, 18 novembre 2017.

² L'impiego nel testo dell'intervento dell'espressione socio-sanitario con l'uso del trattino o nella parola fusa insieme, su cui ha insistito in particolare R. BALDUZZI, *Conclusioni orali* al Convegno *Il socio-sanitario: una scommessa incompiuta?*, XV Convegno Nazionale di Diritto sanitario, Alessandria, Università del Piemonte Orientale, 17 novembre 2017, dipende in particolare da come i testi normativi hanno definito, nel tempo, l'abbinamento tra il sociale e il sanitario. Il titolo del Convegno ha scelto il trattino, costituzionalmente richiesto, benché la fusione sia legislativamente possibile, come segnalato ancora da R. BALDUZZI, *Conclusioni orali*, cit. La relazione di E. Rossi che ha introdotto i lavori del Convegno opta invece per la forma unita, seguendo le indicazioni sul punto dell'Accademia della Crusca (vedi in particolare E. Rossi, *Il "socio-sanitario": una scommessa incompiuta?*, in questa *Rivista*, 2/2018, 1-2, nota n. 1, ma pubblicato anche in *Rivista AIC*, 2/2018, 23 maggio 2018, 1 ss.).

³ E. Rossi, *Il "socio-sanitario": una scommessa incompiuta?*, cit., 1 ss.

assistenza sociale, non può non occuparsi, non può non prendersi cura, secondo quanto ha evidenziato proprio la citata relazione di Rossi.

Per fare questo si proveranno ad accostare alcune previsioni della disciplina contenuta appunto nel citato d.lgs. n. 147, adottato a seguito della legge delega n. 33 del 2017, a quelle disposizioni del nuovo d.p.c.m. sui livelli di assistenza del 12 gennaio 2017, entrato in vigore nel marzo 2017, che riguardano specificatamente la c.d. assistenza sociosanitaria. Resteranno, invece, fuori da questa primissima riflessione quelle esperienze, in tema di contrasto alla povertà, che a livello regionale sono state fatte (come il Reddito di solidarietà in Emilia-Romagna, il programma “Reddito di autonomia” di Regione Lombardia o ancora il “Reddito di dignità regionale” pugliese) e che pure vengono a intersecare il socio-sanitario⁴.

Con almeno tre differenti intenti, che qui si vogliono iniziare a prefigurare, avanzando alcune prime piste di riflessione per il dibattito: *a)* interrogarsi sul potenziale impatto sui livelli essenziali di assistenza sociosanitaria da parte del d.lgs. n. 147 e in particolare di quelle condizioni, previste dal suo art. 3, comma 2, la cui presenza, in sede di prima applicazione delle misure previste dal decreto, permette(va) l'accesso al c.d. ReI; *b)* verificare le ragioni dell'utilizzazione, da parte del d.lgs. n. 147, di uno schema normativo relativo al ReI che, raccogliendo l'esperienza di precedenti strumenti di lotta alla povertà, come il già citato “Sostegno per l'inclusione attiva”, ricorda sensibilmente analoghe misure previste dal d.p.c.m. sui livelli di assistenza, riferendomi in particolare alla valutazione multidimensionale del bisogno e alla previsione di un progetto personalizzato connesso al ReI (siamo nel contesto dell'integrazione gestionale, di cui ci ha parlato Emanuele Rossi⁵); *c)* misurare il peso del vincolo finanziario, in ordine all'effettiva consistenza delle prestazioni (o per meglio dire dei livelli essenziali delle prestazioni) in tema di lotta alla povertà, in ragione di un pervasivo richiamo, nel d.lgs. n. 147, dei «limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente», che pare risultare, a una prima impressione, ancor più penetrante di quello che ha portato alla definizione dei livelli di assistenza del d.p.c.m. del 12 gennaio 2017. Rispetto a questi diversi profili (in particolare il primo e il terzo), si terrà anche conto di come il ReI è stato modificato a seguito dell'entrata in vigore della legge di Bilancio 2018 (l. n. 205 del 2017) che è intervenuta su alcuni suoi elementi non secondari. Resterà, invece, sullo sfondo ogni considerazione su quanto una misura di lotta alla povertà, come

⁴ Per fare un esempio, esperienze come quella della Regione Emilia-Romagna, attivata nel 2017 (vedi Regolamento di attuazione, ai sensi dell'art. 8 della legge regionale 19 dicembre 2016, n. 24. Attuazione del reddito di solidarietà - Regione Emilia-Romagna), integrando le misure nazionali già esistenti e in particolare il c.d. Sostegno per l'inclusione attiva, non più riconosciuto a partire dal 1° gennaio 2018 (vedi art. 17 del d.lgs. n. 147 del 2017), dovranno poi essere riconsiderate alla luce dell'art. 14, comma 6, del d.lgs. n. 147 del 2017, che stabilisce che le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, «con riferimento ai propri residenti, possono integrare il ReI, a valere su risorse regionali, con misure regionali di contrasto alla povertà (...) che amplino la platea dei beneficiari o incrementino l'ammontare del beneficio economico».

⁵ E. Rossi, *Il “socio-sanitario”: una scommessa incompiuta?*, cit., 15 e 19-20.

quella oggetto, pur del tutto meritoriamente del d.lgs. n. 147, se inserita nella cornice più generale delle discussioni teoriche sul c.d. reddito minimo garantito, risponda effettivamente all'impegno costituzionale che dovrebbe spingere i pubblici poteri, la Repubblica, a garantire prima di tutto il lavoro, e non il reddito, come strumento di liberazione dal bisogno e di elevazione della persona⁶.

2. Tre piste di approfondimento, si diceva. Esaminiamo la prima. Il d.lgs. n. 147 fissa una serie di requisiti al suo articolo 3, comma 1, che devono essere congiuntamente posseduti per poter ottenere il riconoscimento del ReI e che riguardano soprattutto la condizione economica del nucleo familiare che ha presentato la richiesta. Ai fini di questo intervento, tuttavia, vorrei soffermarmi sulle ulteriori condizioni che, all'art. 3, comma 2, sono richieste, questa volta alternativamente, in sede di prima applicazione, ai fini dell'accesso al ReI da parte del nucleo familiare richiedente: la presenza nel nucleo familiare di una persona minorenni; la presenza nel nucleo familiare di una persona disabile e di almeno un suo genitore o un suo tutore; la presenza nel nucleo familiare di una donna incinta (in stato di gravidanza accertata, dice il decreto legislativo, richiedendo apposita documentazione medica che lo certifichi); la presenza di almeno un lavoratore di almeno 55 anni, disoccupato, a seguito delle diverse cause indicate dal decreto, e che da almeno tre mesi non goda più dell'indennità di disoccupazione o, qualora non ne possa godere, disoccupato da almeno tre mesi.

Tre di queste quattro condizioni, infatti, impattano sui livelli essenziali di assistenza socio-sanitaria e quindi sulla disciplina, in particolare, degli artt. 24 e 27 del d.p.c.m. sui livelli di assistenza del 12 gennaio 2017, i quali elencano, rispettivamente, i campi di attività nei quali erogare le prestazioni, necessarie ed appropriate, nell'ambito dell'assistenza distrettuale, domiciliare e territoriale ad accesso diretto, a favore di donne, minori, coppie e famiglie, ovvero i campi di attività, nei quali prendere in carico, con un approccio multidisciplinare, basato su un programma individualizzato, che include tutta una serie di prestazioni necessarie ed appropriate, nell'ambito dell'assistenza distrettuale e territoriale ad accesso diretto, le persone con disabilità complesse.

Nell'intreccio di cui si discorreva all'inizio di questo intervento, potranno assumere rilievo, allora, ai fini del ReI, riguardo in particolare all'assistenza sociosanitaria ai minori e alle famiglie, i due campi di attività concernenti la «prevenzione, valutazione, assistenza e supporto psicologico ai minori in situazioni di disagio [e] in stato di abbandono» e il «supporto

⁶ Vedi con diverse intonazioni almeno i lavori di M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Diritto pubblico*, 2011, 391 ss., M. BENVENUTI, *Quali misure per assicurare un'esistenza libera e dignitosa? Lavoro e reddito in una prospettiva costituzionale*, in *Le riforme del diritto del lavoro*, a cura di M.P. IADICICCO E V. NUZZO, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 167 ss., C. TRIPODINA, *Povertà e dignità nella Costituzione italiana: il reddito di cittadinanza come strumento costituzionalmente necessario*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2016, 732 ss. e M. VINCIGERI, *Verso la tutela della povertà: l'ipotesi del reddito di inclusione*, in *Lavoro e diritto*, 2017, 301 ss.

psicologico e sociale a nuclei familiari in condizioni di disagio», mentre, a tutto tondo, sia rispetto all'assistenza sociosanitaria a minori, donne, coppie e famiglie, sia rispetto all'assistenza sociosanitaria a persone con disabilità, avrà certamente peso l'integrazione dell'assistenza distrettuale offerta mediante «interventi sociali in relazione al bisogno socio-assistenziale emerso dalla valutazione».

In riferimento alle condizioni previste dall'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 147, che si sono finite di analizzare, va peraltro segnalato che l'art. 1, comma 192, della citata legge di Bilancio 2018 ha soppresso, a far data dal 1° luglio 2018, queste diverse categorie⁷, determinando evidentemente l'ampliamento della platea dei beneficiari del reddito di inclusione, in una direzione di maggiore, seppur non completa, universalità⁸, e superando quell'impostazione assistenziale di tipo categoriale, ostacolo, secondo qualcuno, al riconoscimento di un vero e proprio reddito minimo garantito⁹.

3. Una seconda pista di ricerca parte dalla natura mista del ReI, articolato nei due momenti del beneficio economico e della componente di servizi alla persona, nella prospettiva di soffermarsi, ai fini delle presenti osservazioni, sul significato di questo secondo elemento, la cui concreta identificazione avviene in esito a una valutazione multidimensionale del nucleo familiare e dei suoi componenti e a seguito della definizione di un progetto personalizzato, connesso al ReI, che prevede una serie di impegni a cui devono attenersi i beneficiari dell'intervento, pena l'applicazione di apposite sanzioni, compresa l'eventuale esclusione dal beneficio.

Siamo nel cuore dell'integrazione gestionale di cui ci ha detto Emanuele Rossi ed esaminando le previsioni degli artt. 5 e 6 del d.lgs. n. 147 troviamo delle forti assonanze con gli artt. 21 e 22 del d.p.c.m. sui livelli essenziali del 12 gennaio 2017, nelle due figure della valutazione multidimensionale dei bisogni e del progetto personalizzato o progetto di assistenza individuale.

Così, rispetto alla prima figura, nel caso della normativa in materia di povertà, la valutazione multidimensionale (art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 147) è «finalizzata ad identificare i bisogni del nucleo familiare e dei suoi componenti, tenuto conto delle risorse e dei fattori di vulnerabilità del nucleo, nonché dei fattori ambientali e di assistenza presenti», costituendo, in particolare, oggetto di analisi: le condizioni e i funzionamenti personali e sociali; la situazione economica; la situazione lavorativa e il profilo di occupabilità; l'educazione, l'istruzione, la formazione; la condizione abitativa; le reti familiari, di prossimità e sociali. Mentre, in materia di livelli di assistenza, il d.p.c.m. del 12 gennaio 2017 parla di

⁷ Ma l'art. 1, comma 190, della medesima l. n. 205 del 2017 ha anche già soppresso, dalla data di entrata in vigore della legge, i riferimenti alla condizione del lavoratore disoccupato di almeno 55 anni.

⁸ Vedi per esempio M. BALDINI, *Così il ReI diventa universale*, in *lavoce.info*, 7 novembre 2017, nonché E. MONTICELLI, *Reddito di inclusione: le novità della legge di bilancio 2018*, in *www.eticaeconomia.it*, 1 febbraio 2018, 2.

⁹ M. VINCIERI, *Verso la tutela della povertà: l'ipotesi del reddito di inclusione*, cit., 317.

una valutazione multidimensionale dei bisogni, sotto il profilo clinico, funzionale e sociale, garantita dal Servizio sanitario nazionale (si vedano l'art. 21 in tema di percorsi assistenziali integrati e l'art. 22 in tema di cure domiciliari rivolte alle persone non autosufficienti e in condizioni di fragilità).

Evidenti sono i margini di potenziale sovrapposizione, anche delle modalità organizzative di tale valutazione multidimensionale, la cui definizione è affidata però a soggetti diversi: un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, su proposta del Comitato per la povertà, istituito dal decreto legislativo, e previa intesa in sede di Conferenza Unificata, ha il compito di definire, infatti, gli strumenti giuridici operativi per la valutazione multidimensionale, in tema di povertà, mentre spetta alle Regioni e alle Province autonome organizzare le attività relative alla valutazione multidimensionale dei bisogni in tema di livelli essenziali di assistenza, «garantendo uniformità sul proprio territorio nelle modalità, nelle procedure e negli strumenti di valutazione multidimensionale, anche in riferimento alle diverse fasi del progetto di assistenza».

Tra i possibili intrecci tra le due discipline, si può qui citare quel passaggio dell'art. 5, comma 7, del d.lgs. n. 147, secondo il quale, qualora si debba ricorrere a un quadro di analisi approfondito nella valutazione, rispetto all'analisi preliminare rivolta a tutti i nuclei beneficiari del ReI (art. 5, comma 3), «è costituita una équipe multidisciplinare composta da un operatore sociale identificato dal servizio sociale competente e da altri operatori afferenti alla rete dei servizi territoriali, identificati dal servizio sociale a seconda dei bisogni del nucleo più rilevanti, emersi a seguito dell'analisi preliminare, con particolare riferimento ai servizi per l'impiego, la formazione, le politiche abitative, la tutela della salute e l'istruzione. *Nel caso la persona sia già stata valutata da altri servizi e disponga di un progetto per finalità diverse, la valutazione e la progettazione sono acquisite ai fini della valutazione del presente comma*»¹⁰.

Quanto al progetto personalizzato, conseguenza necessaria della valutazione multidimensionale, esso individua, ai sensi dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 147, «sulla base dei fabbisogni del nucleo familiare come emersi nell'ambito della valutazione multidimensionale», obiettivi generali e risultati specifici che si intendono raggiungere, sostegni, in termini di specifici interventi e servizi di cui il nucleo familiare necessita, soprattutto «impegni a svolgere specifiche attività, a cui il beneficio è condizionato, da parte dei componenti il nucleo familiare». Alcuni dei sostegni previsti incrociano frontalmente l'ambito socio-sanitario, includendo gli interventi e i servizi sociali per il contrasto alla povertà, con un espresso richiamo, nell'art. 7 del decreto legislativo, al sistema integrato di interventi e servizi sociali, di cui alla l. n. 328 del 2000, ma comprendendo anche «gli interventi afferenti alle politiche del lavoro, della formazione, sanitarie e socio-sanitarie, educative, abitative, e delle altre aree di intervento eventualmente coinvolte nella valutazione e progettazione, a cui i bene-

¹⁰ Corsivo mio.

ficiari possono accedere ai sensi della legislazione vigente» (art. 6, comma 4). Abbastanza deludente pare la definizione del fascio dei possibili impegni che dovranno essere inseriti nel progetto personalizzato, dalla frequenza di contatti con i competenti servizi responsabili del progetto, agli atti di ricerca attiva di lavoro, dalla frequenza e impegno scolastico, a comportamenti di prevenzione e cura rivolti alla tutela della salute. Se seguendo la miglior dottrina che si è occupata del tema delle prestazioni sociali con corrispettivo, si tratta di restituire, in termini di solidarietà, ciò che si è ricevuto in termini di prestazioni¹¹, sostanziando cioè «la dimensione del ReI riconducibile alle istanze solidaristiche (e lavoristiche) sottese agli artt. 2 e 4, comma 2, Costituzione»¹², si poteva forse osare qualcosa di più, con il dubbio, peraltro, che tutto il meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 12, che potrebbe anche determinare la sospensione o la decadenza del beneficio, possa incidere sull'essenzialità della prestazione. Ciò per dirla con altre parole, se è del tutto ragionevole che si possano apporre delle condizioni di impegno sociale, prevedendo l'adempimento di alcune attività di rilevanza sociale, solo per la parte della prestazione eccedente il livello essenziale del diritto da garantire¹³, la grande prudenza della disciplina in tema di povertà nell'offrire un contenuto sostanziale a questo «dare in cambio», a questa condizionalità, potrebbe, alla fine, giustificare l'apparato sanzionatorio ivi previsto¹⁴.

Ma quello che il d.lgs. n. 147 chiama «progetto personalizzato», nel d.p.c.m. sui livelli essenziali del 12 gennaio 2017 è qualificato, invece, come «progetto di assistenza individuale»: esso deve definire «i bisogni terapeutico-riabilitativi e assistenziali della persona ed è redatto dall'unità di valutazione multidimensionale, con il coinvolgimento di tutte le componenti dell'offerta assistenziale sanitaria, sociosanitaria e sociale, del paziente e della sua famiglia» (art. 21, ma vedi anche l'art. 22, che prevede altresì, in alternativa, un «progetto riabilitativo individuale»¹⁵). Anche per questo versante si delinea tutto un ambito in cui i

¹¹ Si veda E. ROSSI, *Prestazioni sociali con "corrispettivo"? Considerazioni giuridico-costituzionalistiche sulla proposta di collegare l'erogazione di prestazioni sociali allo svolgimento di attività di utilità sociale*, in *Consultaonline*, 2012, 1 ss.

¹² Così V. CASAMASSIMA e E. VIVALDI, *Ius existentia e politiche di contrasto della povertà*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 139, che rilevano peraltro che la normativa in esame, meritevole di non configurare i destinatari del ReI come meri «percettori passivi di una provvidenza», non prende però in adeguata considerazione «i casi di oggettiva impossibilità di rispettare gli impegni a svolgere specifiche attività, dalla quale deriverebbe comunque la decadenza del beneficio».

¹³ Ancora E. ROSSI, *Prestazioni sociali con "corrispettivo"?*, cit., 14-15.

¹⁴ Diversamente vedi V. CASAMASSIMA e E. VIVALDI, *Ius existentia e politiche di contrasto della povertà*, cit., 139-140, corsivo degli Autori, i quali sottolineano che «la tipologia degli obblighi, minuziosamente elencati, al cui mancato adempimento si connette il determinarsi delle conseguenze sanzionatorie di cui all'art. 12 (...), sembra (...) porsi in consonanza con l'idea di un *workfare*, venato di paternalismo, più che con quella, costituzionalmente orientata, di un *welfare generativo*».

¹⁵ I due strumenti sono però parzialmente diversi, in ragione del differente peso riconosciuto ai beneficiari nella loro concreta definizione, così in parte richiamando precedenti esperienze, come quelle che si sono sviluppate a favore delle persone con disabilità, tra i piani personalizzati previsti dalla legge n. 162 del 1998, che implicavano una gestione in forma indiretta, che valorizzava il ruolo del destinatario della misura, e i progetti individuali della legge n. 328 del 2000, essenzialmente formula di organizzazione del servizio reso verso la persona con disabilità (sul punto v. G. ARCONZO, *Il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. MORELLI e L. TRUCCO, Torino, Giappichelli, 2014, 271-272).

due strumenti, quello del decreto legislativo sulla povertà e quello del d.p.c.m. sui livelli di assistenza, possono intersecarsi; per tale ragione potrebbe, allora, non essere casuale che il d.lgs. n. 147 stabilisca che il progetto personalizzato «è definito, anche nella sua durata, secondo principi di proporzionalità, *appropriatezza* e non eccedenza rispetto alle necessità di sostegno del nucleo familiare rilevate, in coerenza con la valutazione multidimensionale e con le risorse disponibili, in funzione della corretta allocazione delle risorse medesime», per poi affidare ancora a un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, su proposta del Comitato per la lotta alla povertà e d'intesa con la Conferenza unificata, il compito di approvare «linee guida per la definizione dei progetti personalizzati, redatte anche in esito al primo periodo di applicazione del ReI», con il fine «di assicurare omogeneità e *appropriatezza* nell'individuazione degli obiettivi e dei risultati, dei sostegni e degli impegni»¹⁶.

Il principio di *appropriatezza* che innerva tutto il d.p.c.m. sui livelli essenziali, e più in generale molte previsioni e molte buone prassi del diritto costituzionale della salute, assurge anche nella definizione del progetto personalizzato sul ReI a principio ispiratore.

4. Il vincolo finanziario, come ultima linea di indagine del confronto che qui si è venuti ad abbozzare. Coerenza con le risorse disponibili, si è appena sottolineato, citando l'art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 147.

Lungo tutto il decreto legislativo si assiste – si tratta di almeno cinque diverse ipotesi – alla contemporanea qualificazione normativa di un determinato livello essenziale delle prestazioni, il ReI prima di tutto (art. 2, comma 13)¹⁷, i servizi per l'informazione e l'accesso al ReI e la valutazione multidimensionale (art. 5, comma 10), il progetto personalizzato e i sostegni in esso previsti (art. 6, comma 13), il Piano regionale per la lotta alla povertà, di programmazione dei servizi necessari per l'attuazione del ReI (art. 14, comma 1), l'offerta integrata di interventi e servizi (art. 23, comma 4), e alla fissazione del vincolo finanziario, utilizzando la formula, ripetuta anche altrove, «nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente» ovvero «nei limiti delle risorse disponibili» (nel caso del ReI: «nel limite delle risorse disponibili nel Fondo Povertà»).

Formula, però, assai insoddisfacente, perché nella delicatissima operazione di contemperamento tra tutti gli interessi in gioco essa potrebbe finire per compromettere lo stesso effettivo godimento di una misura come il ReI, ideata per contrastare la povertà e favorire l'inclusione sociale. Dietro al limite delle risorse disponibili si staglia, evidentemente, la regola dell'equilibrio di bilancio, del revisionato art. 81 Cost., in una prospettiva che sembra anteporre la determinazione astratta del *quantum* di risorse finanziarie messe a disposizione, alla stima effettiva del costo di una prestazione universale selettiva rivolta a un numero

¹⁶ Vedi, rispettivamente, art. 6, comma 7, e art. 6, comma 12, corsivo mio.

¹⁷ Qui anche con il richiamo espresso all'art. 117, comma 2, lettera *m*), del testo costituzionale.

molto elevato di persone, in condizione di povertà, nelle diverse gradazioni riferite a tale nozione (basti solo ricordare la distinzione tra povertà assoluta e povertà relativa¹⁸). La congruità delle risorse a disposizione per il Fondo Povertà resta allora tutta da dimostrare, anche in prospettiva futura, tanto che l'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 147, assegnando ad un apposito Piano nazionale per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale il compito di estendere eventualmente il novero dei beneficiari del ReI, prudentemente stabilisce che, qualora le eventuali risorse aggiuntive non siano sufficienti alla universale copertura di tutti i nuclei familiari aventi i requisiti per richiedere il beneficio, il Piano «può introdurre una scala di valutazione del bisogno, per individuare, nei limiti delle risorse disponibili, le caratteristiche dei nuclei. La scala di valutazione è costruita avuto riguardo alla condizione economica, ai carichi familiari e di cura e alla situazione occupazionale». Positivamente, la legge di Bilancio 2018, al suo articolo 1, comma 196, ha incrementato le risorse a disposizione del Fondo Povertà, prevedendo anche un piccolo potenziamento del beneficio economico del ReI medesimo, benché paia probabile che questo aumento delle risorse disponibili finisca per essere neutralizzato dall'allargamento degli effettivi destinatari del ReI, per l'abrogazione, dal 1° luglio del 2018, delle diverse condizioni categoriali in origine alternativamente richieste, lo si è in precedenza ricordato, per poter accedere al riconoscimento della misura nazionale di contrasto alla povertà.

Rispetto a questa problematica complessiva, anche il d.p.c.m. sui livelli essenziali del 12 gennaio 2017, che ha aggiornato i livelli di assistenza del 2001, sconta qualche incertezza sulla sua concreta sostenibilità, tanto che l'intesa raggiunta su di esso in sede di Conferenza Stato/Regioni ha chiesto gradualità nella sua applicazione e le disposizioni relative ad alcune prestazioni entreranno in vigore solo in un momento successivo; al contempo non è affatto chiaro se i fondi messi a disposizione siano davvero in grado di dare piena copertura a tutti i nuovi livelli essenziali¹⁹.

Forse il nostro non è più il tempo nel quale è possibile contestualizzare la definizione dei livelli essenziali di una prestazione concernente un diritto sociale (erano i livelli essenziali e uniformi di assistenza in materia sanitaria dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 502/1992, come modificato dal d.lgs. n. 229/1999) e l'individuazione delle risorse finanziarie, per garantirne il pieno godimento.

Ma è ancora il tempo in cui un giudice costituzionale, a volte oscillante nella sua giurisprudenza, ha avuto il coraggio, secondo qualcuno un po' inavvertitamente, di rimarcare ancora che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio

¹⁸ Vedi per esempio M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri*, cit., 397. A tacere poi delle persone che si trovino in una condizione di povertà estrema e che siano senza dimora, alle quali il d.lgs. n. 147, all'art. 7, comma 9, riserva una quota specifica del Fondo Povertà.

¹⁹ Vedi tra gli altri i rilievi di B. VINCIGI, *L'aggiornamento dei LEA e il coordinamento della finanza pubblica nel regionalismo italiano: il doppio intreccio dei diritti sociali*, in *Le Regioni*, 2017, 143-144.

di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (mi riferisco ovviamente alla notissima sent. n. 275 del 2016, in tema di diritto all'istruzione di una persona affetta da disabilità)²⁰. L'essenzialità di tutta una serie di prestazioni riferite al reddito di inclusione, di cui si è dato conto in questo breve intervento, con i suoi nessi profondi con il socio-sanitario, potrebbe rappresentare una di quelle pretese davvero non riducibili, dinanzi al limite delle risorse finanziarie, riportando al nucleo basilare di un diritto fondamentale a non essere poveri²¹, legato in prima istanza a bisogni insopprimibili sostanziali, come mangiare, vestirsi, avere un tetto sopra la propria testa e un letto per dormire (siamo al cospetto di un «diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno», utilizzando le parole della Corte costituzionale, nella sentenza n. 10 del 2010), e poi, superata, ci si augura rapidamente, questa situazione di estrema indigenza, un diritto fondamentale finalizzato a garantire sempre la dignità di ogni persona, congiuntamente a un lavoro altrettanto dignitoso, contro una condizione di povertà, di emarginazione, di esclusione sociale, che una società democratica come la nostra non può tollerare²².

²⁰ Ricordata, insieme alla successiva sentenza n. 169 del 2017, in particolare nei lavori del presente Convegno anche dagli Interventi di Carlo Chiappinelli e di Fabrizio Politi, il primo dei quali pubblicato su questo numero della *Rivista*.

²¹ Diritto che, con altre parole, emerge anche dalla lettura di M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri*, cit., spec. 400-403.

²² Così anche N. MACCABIANI, *Una misura nazionale e strutturale di contrasto alla povertà: portata, iter e profili di rilievo costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2017, 19 dicembre 2017, 24-25, secondo la quale il doppio condizionamento che caratterizza il ReI, quello sistemico delle risorse disponibili e quello specifico legato alla situazione economica del richiedente e all'attivazione del progetto personalizzato di cui si è detto nel testo, «è suscettibile di trasformarsi in un percorso che va oltre il passivo riconoscimento del minimo individuale di sopravvivenza, inteso come sufficienza delle provvidenze ai fini di una vita dignitosa per assumere (...) un contenuto di adeguatezza articolato e multiplo, volto a consentire il pieno sviluppo della persona umana nella partecipazione alla vita sociale, economica e politica del Paese».

Il modello lombardo della presa in carico, spunti normativi e cambiamenti organizzativo-gestionali

Stefano Manfredi*

SOMMARIO: 1. La legge regionale lombarda n. 23 del 2015. – 2. I soggetti del sistema. – 3. La presa in carico del paziente cronico. – 4. I primi passi compiuti. – 5. Prime considerazioni conclusive.

1. La legge regionale lombarda n. 23 del 2015

La legge regionale n. 23 dell'11 agosto 2015 apporta una sostanziale modifica nella organizzazione dei servizi sanitari e sociosanitario della regione Lombardia.

Viene definita legge di evoluzione del sistema in quanto mantiene i principi basilari che già caratterizzavano tale organizzazione, promuovendo al contempo innovazioni importanti con modifiche nella struttura stessa della rete dei servizi.

Tra i principi ispiratori rimane confermato con forza quello della libera scelta del cittadino nell'accesso alle strutture sanitarie e socio-sanitarie (art. 2, lett. b), così come quello della sussidiarietà orizzontale ("per garantire pari accessibilità dei cittadini a tutti i soggetti erogatori di diritto pubblico e di diritto privato, nell'ambito della programmazione regionale, in modo da garantire parità di diritti e di doveri di tutti i soggetti che concorrono alla realizzazione della rete dell'offerta": art. 2, lett. h).

Al contempo viene enunciato l'orientamento alla presa in carico della persona in una visione olistica attraverso l'erogazione di prestazioni da parte della rete sanitaria e socio-sanitaria e la collaborazione tra enti ed istituzioni.

* "Direttore generale della Fondazione IRCCS Istituto Nazionale dei Tumori di Milano.

Sembra essere questo il punto cardine della riforma che si propone di offrire al cittadino non singole prestazioni ma processi di presa in carico attiva.

In altre parole si tratta di passare dal governo dell'offerta a quello della domanda promuovendo l'integrazione dei servizi che intervengono "favorendo la realizzazione di reti sussidiarie di supporto che operano in presenza di fragilità sanitarie, sociali e socio-economiche; le reti sono finalizzate a tutelare il benessere di tutti i componenti della famiglia, anche in presenza di problematiche assistenziali derivanti da non autosufficienza e da patologie cronico-degenerative" (art. 3, lett. d).

Ben si comprende l'entità della sfida di passare da servizi erogati in maniera non strettamente connessa a reti di cura che mettono al centro particolarmente le problematiche inerenti la cronicità.

Parliamo di una vasta fascia della popolazione (3,5 milioni di abitanti in Lombardia 30% della popolazione totale) che assorbe un ancor più vasto volume di spesa sanitaria (75%). A questi dati si aggiunga che, dal punto di vista sociale, le famiglie composte da un solo componente sono in costante aumento specialmente per quanto attiene alla popolazione anziana con conseguente minor efficacia della rete di supporto familiare tradizionalmente forte nella nostra cultura.

Inoltre, l'aspettativa di vita alla nascita è in crescita continua nel nostro paese e con essa la curva dei bisogni socio sanitari supportati da tecnologie e pratiche sempre più avanzate e costose. La l.r. 23 ha il merito di proporre un disegno del sistema in grado di far fronte a queste problematiche emergenti sotto il profilo sanitario e sociale.

2. I soggetti del sistema

Nel contesto della legge di evoluzione si parla di sistema e non più di servizi, in tal modo sottolineando che ciò che si intende proporre non è sviluppo di servizi ma organizzazione degli stessi in maniera sistemica.

Un cambiamento, questo, da perseguire all'interno di un modello che separi le funzioni di programmazione, erogazione delle prestazioni e controllo.

In capo alla Regione permangono la garanzia dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza e le connesse funzioni di programmazione e indirizzo.

La Giunta elabora annualmente le regole di sistema per la programmazione dei fabbisogni, degli acquisti e degli investimenti.

Ai Comuni rimane in capo la responsabilità dei servizi socio-assistenziali, ma la connessione con il sistema sanitario è prevista essere più stringente proprio per garantire presa in carico e continuità delle cure.

Un rilevante cambiamento in ambito sanitario è costituito dalla creazione dei nuovi enti istituzionali.

La L.R. 35 prevede la creazione di 8 Agenzie di tutela della Salute (ATS) e 27 Aziende socio sanitarie territoriali (ASST) oltre che 4 IRCCS pubblici in sostituzione delle precedenti 15 ASL e 29 Aziende Ospedaliere.

Alle ATS è attribuito il «governo del percorso di presa in carico della persona in tutta la rete dei servizi sanitari, sociosanitari e sociali... a garanzia della continuità assistenziale» (art. 6, comma 3, lett. b).

Per promuovere l'integrazione della rete sanitaria e sociosanitaria con quella sociale si avvale del Dipartimento della programmazione per l'integrazione delle prestazioni socio-sanitarie con quelle sociali.

Le ATS attuano la programmazione definita dalla Regione nel proprio territorio di competenza avvalendosi di tutti i soggetti erogatori pubblici e privati con i quali stipulano contratti sulle prestazioni da erogarsi per garantire LEA e presa in carico del paziente.

Le ASST concorrono all'erogazione dei LEA insieme agli altri soggetti privati.

L'attività delle ASST è volta a garantire la continuità della presa in carico della persona nel proprio contesto di vita, anche attraverso articolazioni organizzative a rete e modelli integrati tra ospedale e territorio, compreso il raccordo con il sistema di cure primarie.

Le ASST si articolano in settore polo ospedaliero e settore rete territoriale.

Afferiscono al settore polo ospedaliero tutte le strutture ospedaliere presenti nel territorio di competenza.

Afferiscono al settore rete territoriale:

- presidi ospedalieri territoriali (POT): strutture multi servizio deputate all'erogazione di prestazioni residenziali sanitarie e sociosanitarie;
- presidi sociosanitari territoriali (PreSST): modalità organizzative di riferimento con lo scopo di integrare le attività e prestazioni di carattere sanitario, sociosanitario e sociale;
- altre unità d'offerta territoriali.

Lo scopo è il superamento della logica ospedalocentrica e della separazione tra ospedali e territorio.

I due settori debbono essere in continua comunicazione per garantire percorsi adeguati ai cittadini assistiti.

3. La presa in carico del paziente cronico

Obiettivo fondamentale dell'evoluzione del sistema è la presa in carico del paziente cronico, che viene declinata da ultimo nella delibera della Giunta Regionale n. X/6164 del 30 gennaio 2017.

Come detto le unità d'offerta sociosanitarie operano nella prospettiva di una piena integrazione tra dimensione sociosanitaria e sociale, nella risposta ai bisogni complessi.

Perciò vengono introdotti nuovi e già sperimentati strumenti quali:

- piano personalizzato di assistenza (PAI), che definisce i bisogni del paziente attraverso percorsi di cura e assistenza;
- la valutazione multidimensionale, in cui sono coinvolti medici ospedalieri e di medicina generale e che è la base per la stesura del PAI nei pazienti pluripatologici;

- altri strumenti (come l'assistenza domiciliare, l'erogazione di voucher, la residenzialità leggera/assistita, i ricoveri di sollievo e le RSA aperte) che devono essere ulteriormente potenziati e connessi organicamente al percorso di presa in carico.

Altro obiettivo fondamentale è il passaggio dal governo dell'offerta al governo della domanda volto ad articolare la rete sulla base dei bisogni dei cittadini attraverso una stratificazione della domanda sulla base della diversa intensità del livello di cura.

Si tratta di passare:

- da un sistema orientato all'offerta a un sistema proattivo orientato ai bisogni delle persone;
- da una logica «verticale» delle cure intesa come sommatoria di singoli atti diagnostici, terapeutici ed assistenziali a una logica di unica responsabilità di presa in carico rispetto ad una molteplicità di attività e servizi;
- da un modello di remunerazione del costo della prestazione a un modello di remunerazione per costo della patologia (a tariffa di presa in carico);
- da un modello di remunerazione della singola prestazione erogata a un set predefinito di prestazioni e servizi associati con tariffa omnicomprensiva;
- da un modello di accreditamento istituzionale a un modello di accreditamento dei percorsi di cura.

I concetti di base della presa in carico sono:

- reclutamento precoce dei pazienti per prevenire o ritardare l'aggravamento delle condizioni generali e l'insorgere di complicanze;
- lettura integrata del bisogno attraverso l'analisi di equipe multiprofessionali al fine di elaborare adeguati PAI;
- identificazione di set di riferimento comprendenti farmaci, visite ed esami oltre che eventuali ricoveri programmati;
- accompagnamento nel percorso e controllo della compliance anche attraverso strumenti quali i recall per favorire la corretta adesione del paziente al piano di cura concordato.

4. I primi passi compiuti

Per favorire ed iniziare tale percorso Regione Lombardia ha iniziato procedendo alla stratificazione della domanda per giungere alla classificazione dei pazienti.

Seguendo il modello di classificazione BDA (banca dati assistiti) in coerenza con i LEA, i soggetti verranno raggruppati sulla base di due elementi:

La patologia principale e il livello di complessità, definito in base al numero delle valutazioni multidimensionali venendo così a definire:

- Livello 1: soggetti ad elevata fragilità clinica (es. demenza severa, gravi disabilità, gravi patologie psichiatriche);
- Livello 2: soggetti con fragilità polipatologica (es. dipendenze, demenza e disabilità di grado moderato);
- Livello 3: soggetti con una cronicità in fase iniziale.

Si è così giunti ad una stratificazione così come rappresentata nella figura sottostante.

Stratificazione della domanda

N. Soggetti potenziali	Tipologia Pazienti	Domanda	Bisogni
150.000	Fragilità clinica (quattro o più gravi patologie) es. demenza severa, gravi disabilità, gravi patologie psichiatriche	Prevalentemente di tipo ospedaliero e/o residenziale	Integrazione Ospedale Socio Sanitario (RSA, ADI, RIA, ...)
1.300.000	Cronicità polipatologica (2-3 patologie) es. dipendenze, demenza e disabilità di grado moderato	Prevalentemente extra ospedaliera ad elevati accessi ambulatoriali (frequent users)	Coordinamento e promozione del percorso di terapia (prev. farmacologica), gestione proattiva del follow up (più visite ed esami all'anno)
1.900.000	Cronicità in fase iniziale (1 patologia) es. demenza in fase iniziale e disabilità lieve	Richiesta medio bassa di accessi ambulatoriali integrati	Percorsi ambulatoriali riservati/di favore. Controllo e promozione dell'aderenza terapeutica
3.000.000	Soggetti non cronici	Prime visite/accessi ambulatoriali veri	Accesso a tutte le agende ambulatoriali disponibili
3.500.000	Non utilizzatori	Potenziali utenti	

I successivi passi sono schematizzabili nella figura seguente:



I soggetti gestori responsabili della presa in carico saranno identificati in Medici di Medicina Generale anche organizzati in cooperative, ASST ed altri soggetti pubblici e privati responsabili del processo di erogazione delle prestazioni.

I soggetti gestori responsabili della presa in carico dei pazienti dovranno garantire, con intensità ed accentuazioni differenziate a seconda dei diversi livelli di stratificazione della domanda, le seguenti funzioni:

- definizione del piano di assistenza individuale;
- coordinamento e l'attivazione in modo integrato e coerente con la valutazione dei bisogni della rete erogativa dei servizi sanitari, sociosanitari, assicurando anche il raccordo e l'integrazione con i servizi sociali;
- l'erogazione di prestazioni sanitarie e sociosanitarie afferenti ai diversi livelli essenziali di assistenza direttamente, o tramite partner di rete, nel pieno rispetto della libertà di scelta dei pazienti;
- il monitoraggio dell'aderenza del paziente al percorso programmato;
- la garanzia della relazione proattiva con il paziente, l'eventuale prenotazione delle prestazioni, il coordinamento dei diversi partner di rete così da rispettare la programmazione delle prestazioni/servizi previste nel Piano di Assistenza;
- la garanzia di servizi volti ad assicurare l'accesso alla medicina diffusa, quali ad esempio la telemedicina;
- il case management in termini di responsabilità clinica e di accompagnamento del paziente in relazione alla complessità clinica e ai bisogni assistenziali.

5. Prime considerazioni conclusive

Il processo appena iniziato si scontra, ovviamente, con importanti difficoltà organizzative, soprattutto per quanto attiene allo sviluppo e alla piena disponibilità di una piattaforma informatica che favorisca lo scambio di informazioni tra soggetti della rete, nel rispetto della privacy del paziente.

Il più importante ostacolo resta comunque quello culturale di resistenza al cambiamento. Pur riscontrandosi una ampia adesione alla logica di fondo, la scarsa abitudine a lavorare in rete comporta lunghi training e talvolta induce comportamenti opportunistici a difesa di rendite di posizione.

Perciò sono stati attivati percorsi di formazione per gli operatori a tutti i livelli del sistema. L'adesione al progetto da parte dei Medici di Medicina Generale e Pediatri di libera scelta è avvenuta un po' a macchia di leopardo, con adesioni significativamente superiori nelle province rispetto ai centri metropolitani.

Si confida che nel tempo le adesioni stesse aumentino se il sistema avviato darà esiti positivi per i pazienti.

Sarà necessario, inoltre, operare per far sì che le liste dedicate ai pazienti cronici non influiscano negativamente sui tempi di attesa per le prestazioni ambulatoriali e le visite.

Altra incognita, al momento, è l'adesione dei pazienti al progetto, che richiederà tempi adeguati di valutazione.

Con certezza si può affermare che la scelta di sistema è coraggiosa e sfidante per gli operatori e per attivare un cambiamento di prassi e culturale che non può attendere oltre.

L'esperienza della Regione Veneto*

Franco Toniolo**

SOMMARIO: 1. Una lunghissima tradizione socio-sanitaria. – 2. Dalla Riforma “bis” del 1992 alla Riforma “ter” del 1999. – 3. Consolidamento del “modello” dal 2000 al 2012. – 4. Anno 2016: inversione di marcia. – 5. Il socio-sanitario avrà un futuro nel Veneto? – 6. Quali le ragioni? Una digressione nazionale.

1. Una lunghissima tradizione socio-sanitaria

Cominciamo con la “preistoria”.

Ancor prima del varo della Riforma sanitaria del 1978, la Regione istituisce i “Consorzi socio-sanitari” (L. r. 80/1975).

A ben vedere non è da stupirsi. Data all’anno 1000 la nascita delle prime “Opere pie”, istituzioni caritatevoli ed assistenziali. Che si diffonderanno nei secoli successivi, anche per le numerose donazioni e la capillare presenza ed influenza della Chiesa, molto attiva in questa politica sociale.

Quando nel 1968 con la Riforma “Mariotti”, si istituiscono gli ospedali pubblici, questi, un po’ ovunque ma in particolare in Veneto, originano dalla pubblicizzazione della “parte sanitaria” delle ex Opere pie, ora IPAB, nel frattempo istituite e normate dalla Legge “Crispi” della fine ’800.

Quindi la capillare (e sovrabbondante) rete ospedaliera veneta ha sempre dialogato con la parte socio-assistenziale, essendo nata da una sua costola...

Con la legge regionale sui Consorzi socio-sanitari il Veneto anticipa i contenuti della Riforma sanitaria del 1978, almeno per quanto riguarda l’assetto territoriale: unico ed integrato

* Intervento nella tavola rotonda “Modelli regionali? Esperienze e punti di vista a confronto” promossa all’interno del XV Convegno nazionale di diritto sanitario “Il sociosanitario: una scommessa incompiuta?”, organizzato ad Alessandria, il 16-17 novembre 2017, dal Centro d’eccellenza interdipartimentale per il management sanitario (CEIMS) dell’Università del Piemonte Orientale, con il patrocinio della Società italiana di diritto sanitario (SoDiS). Contributo referato dalla Direzione della Rivista.

** Presidente della Società italiana di sociologia della salute, francotoniolo313@gmail.com

ambito di gestione ed erogazione delle attività e prestazioni sanitarie e sociali. La dimensione degli originali Consorzi è sostanzialmente coincidente con gli attuali Distretti: altro elemento di sostanziale continuità.

Sostanziale continuità anche nelle politiche programmatiche.

Infatti dopo una iniziale programmazione (a metà degli anni '70) della sola rete ospedaliera, sovrabbondante e mal distribuita perché nata come si è visto, la Regione vara il primo Piano socio-sanitario regionale (L. r. 13/1984).

In contemporanea con il primo Programma triennale socio-sanitario 1983-85 (C. R. 983/1984). Prosegue poi la sua politica integrata socio-sanitaria con il Piano socio-sanitario regionale 1989-91 (L. r. 21/1989) e con il Piano sociale regionale 1989-91 (L. r. 22/1989).

2. Dalla Riforma “bis” del 1992 alla Riforma “ter” del 1999

Nel 1992 avviene la svolta istituzionale ed organizzativa sulla sanità (per fortuna non sui contenuti delle politiche: universalismo, prevenzione-cura-riabilitazione ecc.). Con la regionalizzazione e l'aziendalizzazione, che si porta appresso l'estromissione dei precedenti gestori, i comuni.

Il Veneto, forte della autonomia derivante dalla regionalizzazione, non cambia però il suo modello socio-sanitario, nonostante la cesura operata nei confronti dei comuni.

Anzi, i Piani socio-sanitari e Socio-assistenziali (o Sociali), non verranno più approvati “in contemporanea”, come visto, ma saranno due parti di una unica legge regionale di programmazione delle politiche integrate e di normazione dei rapporti, ambiti e competenze istituzionali.

Il Veneto, da questo punto di vista, è in perfetta sintonia (per certi versi l'ispirerà) con la Riforma “ter” del 1999, che recupera un ruolo ai comuni e indica nelle politiche integrate socio-sanitarie il “modello” cui ogni regione dovrebbe attenersi.

Anche se sappiamo che, proprio in virtù dell'autonomia sancita dalla regionalizzazione (costituzionalizzata poi con la Riforma del Titolo V), molte regioni non lo adotteranno (vedi per tutte la Lombardia).

3. Consolidamento del “modello” dal 2000 al 2012

Dopo aver accennato al lungo percorso normativo, dal punto di vista formale, sintetizzo i principali contenuti dell'esperienza dell'integrazione socio-sanitaria veneta:

- deleghe dei Comuni alle ULSS (con la doppia s: Unità locali socio-sanitarie...), ad eccezione dei più importanti capoluogo di Provincia;
- forte valenza dei Piani di zona, costruiti con e approvati dai sindaci;
- ruolo importante della Conferenza dei sindaci rispetto alle ULSS (e a livello dei Distretti), e della Consulta regionale per la programmazione socio-sanitaria (Presidenti Conferenze dei sindaci, ANCI, UNCEM) rispetto alla Regione;

- Direttore dei Servizi sociali con competenze e stipendio al pari degli altri Direttori delle ULSS;
- Direttore regionale unico per Sanità e Sociale.
- Piano socio-sanitario regionale 2012-16 (L. r. 23/2012): conferma dei pilastri fondamentali del “modello” integrato, con novità (attuazione Legge “Balduzzi”, Ospedali di Comunità, potenziamento ADI (assistenza domiciliare integrata), maggiore integrazione territoriale per le “IPAB” ecc.).

4. Anno 2016: inversione di marcia

Con l'approvazione della L. r. 19/2016, che istituisce l'Azienda Zero (con fortissima, abnorme concentrazione di competenze a livello centrale, regionale, non a caso “Azienda” e non “Agenzia”, come in alcune Regioni) e accorpa le ULSS con una dimensione provinciale (con due eccezioni “politiche”), si prefigura per la prima volta uno stop alle politiche integrate socio-sanitarie.

Non tanto nelle enunciazioni normative in sé (a parte quanto detto per l'Azienda Zero) quanto nella concreta sostanza attuativa, demandata intanto alle Linee guida regionali del 2017 per gli Atti aziendali.

In questa sede solo qualche accenno: depauperamento di strutture e risorse territoriali (quasi dimezzate le previsioni di Unità operative complesse territoriali) per la costituzione dell'Azienda Zero a iso risorse, totale marginalizzazione dei sindaci e molto altro, mentre nulla viene innovato nella rete ospedaliera...

Si può ipotizzare un' inversione di tendenza in quanto il vigente (anche se in prorogatio) Piano socio-sanitario regionale 2012-16, come visto, prosegue la politica di rafforzamento delle politiche territoriali sanitarie e sociali e l'integrazione fra le varie prestazioni e servizi.

5. Il socio-sanitario avrà un futuro nel Veneto?

È troppo presto per trarre conclusioni, ma i campanelli d'allarme ci sono tutti.

A rilevarlo non sono solo i partiti all'opposizione in Consiglio regionale, tradizionalmente favorevoli alle politiche territoriali, all'integrazione socio-sanitaria (è fisiologico), o altri attori come Associazioni, Terzo settore, Sindacati ecc. (che si fanno comunque sentire).

Sono due fra i protagonisti di questi processi.

In questi giorni i medici di medicina generale, dopo un periodo di agitazione, sono in sciopero contro la Regione non solo (anche) per rivendicazioni “categoriali” ma per la non attuazione del Piano socio-sanitario regionale, per la parte territoriale. Anche la FIMMG condivide le linee del Piano, ma lamenta, appunto, la sua non attuazione, il fatto che quanto previsto e condiviso dall'insieme della società veneta, che ne connota l'identità in questo settore, rimanga sulla carta (non attuazione delle Medicine di gruppo integrate –

le UCCP della Legge “Balduzzi” –, degli Ospedali di Comunità, delle Unità territoriali di riabilitazione, ecc.).

L'altro interlocutore che non manca di far sentire la propria voce sono i comuni. L'ANCI regionale sempre più frequentemente sollecita, polemizza, con la Regione per la mancata adozione di provvedimenti attuativi delle politiche approvate anche con il consenso dei comuni stessi.

Le Conferenze dei sindaci polemizzano ad es. sul fatto che il Veneto è ormai l'ultima (assieme ad un'altra) Regione a non aver legiferato sulla Riforma delle IPAB, in attuazione della Legge quadro del 2000, e sul fatto che l'adeguamento dei posti letto convenzionati e della quota regionale (per la parte sanitaria) sono fermi dal 2009, con notevoli disagi ed aggravii per le famiglie e i comuni. Solo per portare un esempio.

L'elenco sarebbe lungo, e francamente dispiace...

6. Quali le ragioni? Una digressione nazionale

Frequentemente viene argomentato che il Fondo sanitario nazionale è stato tagliato (o quantomeno non adeguato), mentre quello sociale è addirittura quasi scomparso. Quindi...

Due Ricerche (Cergas, 2005 e Formez, 2007) classificano i vari “modelli” regionali. Se si sommano quelli “integrati” con quelli “quasi-integrati” si raccolgono 16 regioni. Se si escludono la Lombardia e la Valle D'Aosta (che fanno storia a sé), ne rimangono 3, che hanno un modello “separato”. Guarda caso, sono quelle che da sole fanno circa i tre quarti del deficit nazionale.

Deficit che certo dipende da molti fattori. Dall'insufficienza del FSN (sono note le percentuali rispetto al PIL, mediamente più alte, degli altri Paesi, dalla UE agli USA), dagli sprechi ancora presenti, ecc.: non è questa la sede per una loro puntuale disamina.

Ma almeno non si dica che il socio-sanitario (a parte altre considerazioni civiche, etiche, ecc.) non possiamo permettercelo come modello, politica, perché costa di più di altri modelli o politiche...

L'affidamento dei servizi socio-sanitari, con particolare riguardo ai servizi di trasporto dei malati*

Piera Maria Vipiana**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tematica oggetto di indagine. – 3. La normativa in materia di contratti pubblici. – 4. La normativa dettata dal codice del terzo settore. – 5. Cenni alla legislazione regionale. – 6. Le prese di posizione dell’Autorità nazionale anticorruzione. – 7. Il “dibattito” fra Corte di giustizia e giudici amministrativi: la giurisprudenza della Corte di giustizia. – 8. (Segue): la giurisprudenza italiana. – 9. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La questione della disciplina in tema di affidamento dei servizi socio-assistenziali¹ si appalesa del tutto centrale nella disamina di tali tipi di servizi: visto che essi trovano la loro *ratio* e la loro finalità in principi costituzionali, è chiaro che non è indifferente lo svolgimento di essi da parte di chiunque. Pertanto l’individuazione del soggetto che, in concreto, è chiamato a occuparsi di tali servizi è questione delicata, che deve interagire con altri rilevanti interessi: la salvaguardia dei diritti dei fruitori dei servizi, connessa pure alla tutela del diritto costituzionale della salute e di quei diritti che stanno alla base di altri diritti rile-

* Il contributo sviluppa i contenuti dell’intervento programmato al convegno “Il sociosanitario: una scommessa incompiuta?”, organizzato ad Alessandria, il 16-17 novembre 2017, dal Centro d’eccellenza interdipartimentale per il management sanitario (CEIMS) dell’Università del Piemonte Orientale, con il patrocinio della Società italiana di diritto sanitario (SoDiS); testo aggiornato ad aprile 2018. Contributo referato dalla Direzione della Rivista.

** Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo nell’Università di Genova, piera.vipiana@unige.it.

¹ In materia v., *ex multis* A. ALBANESE, *Diritto all’assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Giuffrè, Milano, 2007; E. VIVALDI, *I servizi sociali e le Regioni*, Giappichelli, Torino, 2008; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2014.

vanti; la tutela della concorrenza e della libera circolazione, previsti dal diritto dell'Unione europea e, in conseguenza dei vincoli promananti da esso ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., dal diritto nazionale; il principio di sussidiarietà orizzontale, sancito pure dalla Costituzione, e la sua valenza nello svolgimento, da parte dei privati, di attività di interesse generale. Quale fra questi interessi deve prevalere? Occorre indire una gara o comunque una procedura selettiva per la scelta del soggetto cui affidare il servizio? Oppure esso può e deve essere attribuito a determinati soggetti in assenza di gara?

Tali quesiti non si prestano ad una soluzione unitaria, ma dovrebbero essere proposti e risolti con riferimento ai vari tipi di servizi. In effetti, si assiste, in ordine alle problematiche in questione, all'intersecarsi di regole di varia provenienza e di vari livelli: dal codice dei contratti pubblici, ossia il d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e dalle direttive dell'Unione europea che ne costituiscono la base, al recente codice del terzo settore; da una serie di normative settoriali alle linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione. Sotto quest'ultimo profilo non bisogna dimenticare il *soft law* dell'Autorità nazionale anticorruzione: recentemente è stata adottata una corpora delibera, la n. 32 del 20 gennaio 2016, recante le "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali".

2. La tematica oggetto di indagine

La problematica di cui sopra, troppo ampia e variegata per essere esaurita in questa sede, sarà qui affrontata con riguardo ad un tema concreto di notevole rilevanza pratica e delicatezza: quello del servizio di trasporto delle persone con problemi di salute².

Si tratta di un tema complesso, con molte sfaccettature: per un verso, attiene al trasporto in emergenza di persone che siano ferite o altrimenti in pericolo; per un altro verso, può configurarsi la movimentazione di pazienti da un ospedale o comunque un luogo di cura e assistenza ad un altro; per un altro verso ancora, il trasporto potrebbe riguardare persone

² In dottrina cfr., fra i vari lavori di carattere generale o di contenuto specifico: R. CARANTA, *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 293 ss.; M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro amm., Cons. Stato*, 2008, 1984 ss.; A. DI MATTEO, *Sull'affidamento diretto di servizi di trasporto sanitario ed associazioni di volontariato*, in *Rass. avv. Stato*, 2008, n. 2, 162 ss.; A. ALBANESE, *L'affidamento dei servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, 1453 ss.; ID., *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Mumus*, n. 1/2012, 115 ss.; ID., *Tar Piemonte, sez. I, ord. 28 gennaio 2014, n. 161, Trasporto sanitario e volontariato*, in *labsus.org*, 2014; ID., *La Corte di Giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)*, in *Foro italiano*, vol. marzo, parte IV, 2015, 152 ss.; E. PROIETTI, *C. Giust., 11 dicembre 2014, C-113/13, Trasporto sanitario e volontariato*, in *labsus.org*, 2015; P. DE ANGELIS, *Affidamento diretto del servizio di trasporto malati*, in *Federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario*, novembre 2015. Più in generale v. P. MICHIARA, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e Terzo settore. Considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria*, Istituto editoriale delle Regioni italiane, Roma, 2005, e G. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in A. ROMANO - F.G. SCOCA - E. CASSETTA (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. II, Cedam, Padova, 2007, 253 ss.

condotte dalla loro dimora in ambiente ospedaliero per esami o trattamenti più o meno frequenti, quali la dialisi.

Il tema è al centro di un vivace dibattito giurisprudenziale e, in particolare, di alcune pronunce della Corte di giustizia – che sono state oggetto di commenti dottrinali – e di alcune prese di posizione da parte di direttive UE e di disposizioni del diritto interno: precisamente, sia da parte della normativa in tema di contratti pubblici e da parte dello stesso codice dei contratti, sia da parte della disciplina sul volontariato, in particolare da parte del codice del terzo settore.

Si è, di conseguenza, verificata la proliferazione del contenzioso in sede giurisdizionale amministrativa, oltre che dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

3. La normativa in materia di contratti pubblici

Se, sul tema in esame, si parte dalle disposizioni vigenti – e quindi tralasciando la pur cospicua normativa non più attuale – bisogna aver riguardo, innanzi tutto, alla disciplina dettata dal diritto dell'Unione europea.

La direttiva n. 2014/24/UE, al 28° considerando, stabilisce espressamente che la stessa non dovrebbe applicarsi a taluni “servizi di emergenza”, se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro. Il considerando enuncia pure la *ratio* di ciò: “il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva”.

Nell'assunto che tale esclusione non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario, si aggiunge che non dovrebbero sottrarsi alla direttiva, invece, i servizi di “trasporto dei pazienti in ambulanza”, ossia quelli identificati con il codice CPV 85143000-3, i quali dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici: ossia al «regime c.d. alleggerito», di cui al Titolo III, capo I, della direttiva 2014/24/UE. Il 28° considerando precisa che “anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza”. Sulla base di tali disposizioni, il d.lgs. n. 50/2016, per un verso prevede (Parte II, Titolo VI, Capo II) un siffatto regime alleggerito; per un altro verso stabilisce, all'art. 17, c. 1, lett. h), che i “servizi di ambulanza”, identificabili con il codice “CPV 85143000-3”, rientrano tra i servizi che sono esclusi dalle disposizioni del codice. Da tale esclusione sono esplicitamente eccettuati “i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza”, i quali dunque restano assoggettati al sistema dell'evidenza pubblica.

Di conseguenza, la disciplina italiana è al riguardo del tutto coerente con quella euro-unitaria, com'è stato recentemente osservato³.

4. La normativa dettata dal codice del terzo settore

La possibilità di affidare in convenzione diretta alle organizzazioni di volontariato i soli servizi di trasporto sanitario di “emergenza e urgenza” è stata prevista espressamente, a livello nazionale, dal cosiddetto codice del terzo settore, ossia da d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117⁴: precisamente dall’art. 57, dedicato al servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza⁵.

L’articolo prevede che “i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato”, ma pone una serie di condizioni e di limiti alla regola.

In primo luogo, deve sussistere un presupposto importante ed assai articolato: l’affidamento in convenzione a tali organizzazioni può avvenire nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l’affidamento diretto garantisca l’espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

In secondo luogo, occorre che le organizzazioni affidatarie rispondano a taluni requisiti: devono essere iscritte da almeno sei mesi nel registro unico nazionale del terzo settore, aderenti ad una rete associativa di cui all’articolo 41, c. 2, ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente.

In terzo luogo, alle convenzioni aventi ad oggetto i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza si applicano seguenti regole (contenute nelle disposizioni di cui ai commi 2, 3 e 4 dell’articolo 56, cui l’art. 57 fa rinvio).

Tali convenzioni, da un lato, possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate.

Dall’altro lato, l’individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di

³ In tal senso A. QUAGLIA, *Commento all’art. 17*, in G. F. FERRARI - G. MORBIDELLI, *Codice dei contratti pubblici. Il D. L.vo 18 aprile 2016, n. 50 commentato articolo per articolo*, La Tribuna, Piacenza, 2017, 140.

⁴ In materia cfr. M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pacini Giuridica, Pisa, 2018.

⁵ Sul punto v. A. MEALE, *I rapporti tra gli enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni*, in M. Gorgoni (a cura di), *op. cit.*, 345 ss.

imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime.

Dall'altro lato ancora, le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale, e dimostrare adeguata attitudine, da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale: intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari.

Inoltre, le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, e, ove previsti dalla normativa nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali di legge.

Infine tali convenzioni devono prevedere la durata del rapporto convenzionale, il contenuto e le modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività convenzionate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici, le coperture assicurative di cui all'articolo 18, i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso fra le quali devono figurare necessariamente gli oneri relativi alla copertura assicurativa, le modalità di risoluzione del rapporto, forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità, la verifica dei reciproci adempimenti nonché le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione.

Come la relazione al codice del terzo settore⁶ ha precisato, l'articolo 57 detta una disciplina speciale per quanto concerne i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, prevedendo che essi, in ragione della peculiarità del servizio, strettamente connesso alla tutela della salute della persona, possano costituire oggetto, in via prioritaria, di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato: purché, peraltro, in presenza di specifici requisiti e condizioni enunciati nel testo.

Occorre peraltro segnalare, circa la disciplina in tema di terzo settore, allorquando essa era ancora a livello progettuale, che una precisazione critica era stata avanzata da chi aveva osservato: la materia dei servizi sociali è sicuramente di spettanza regionale, e pertanto

⁶ Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante "Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, c. 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106".

anche il tema del coinvolgimento del terzo settore nella programmazione delle attività ad essa riferita dovrebbe spettare alla competenza legislativa regionale⁷.

5. Cenni alla legislazione regionale

Abbondanti sono le leggi regionali che si occupano delle problematiche in esame: precisamente, esse sono affrontate talora nella legislazione in materia sanitaria, talaltra in quella relativa al volontariato. Ovviamente non sarebbe possibile in questa sede trattare di tutte le leggi regionali in questione⁸ e nemmeno, a maggior ragione, di tutta la normativa in argomento – che comprende pure alcuni regolamenti⁹ – né delle altre regole di fonte non normativa, come le circolari¹⁰.

Sulla legislazione regionale occorre tener presente alcune recenti prese di posizione della giurisprudenza, la quale parte dall'assunto secondo cui la disciplina dell'Unione europea e, conseguentemente, quella nazionale hanno introdotto la distinzione tra due realtà diverse: da un lato, il servizio di soccorso sanitario in emergenza da attuarsi mediante ambulanza (consistente nel trasporto e nell'attività di prima cura del paziente che versa in una situazione emergenziale), eccezionalmente sottratto alla regola della gara qualora fornito da organizzazioni senza scopo di lucro; dall'altro lato, il servizio di solo trasporto in ambulanza (consistente nel trasporto ordinario di pazienti privo della connotazione dell'urgenza) che, invece, è soggetto alle procedure ad evidenza pubblica (in regime alleggerito)¹¹. Solo la possibilità di affidare in convenzione diretta alle organizzazioni di volontariato soltanto i servizi di trasporto sanitario di "emergenza e urgenza" è stata prevista espressamente, a livello nazionale, anche dal citato art. 57 del codice del terzo settore.

La conseguenza che la più recente giurisprudenza trae è che la normativa regionale (nella specie, combinato disposto dagli artt. 5, c. 2, 3, c. 1, e 2 della l. r. Veneto n. 26/2012), ove fosse intesa come inclusiva, ai fini del convenzionamento diretto, anche del servizio di tra-

⁷ E. ROSSI, *La disciplina giuridica del terzo settore in Italia ed il disegno di legge governativo C2617 del 2014*, in *Revista catalana de dret públic*, 2014, núm 49, 113

⁸ Occorrerebbe a tal fine un lavoro *ad hoc*. Ad esempio, si può aver riguardo alla l. r. Lombardia 7 gennaio 1986, n.1, relativa alla riorganizzazione e programmazione dei servizi socio-assistenziali; oppure alla l. r. Liguria 7 dicembre 2006, n. 41, modificata proprio quanto al tema in esame dalla 10 luglio 2014, n. 16, recante, appunto, "Disposizioni in materia di trasporto sanitario"; alla l. r. Puglia 15/12/1993, n. 27, la quale, similmente, contiene la "Disciplina per l'autorizzazione e la vigilanza per il trasporto di infermi e feriti"; alla l. r. Veneto in materia, del 27 luglio 2012, n. 26; alla l. r. Piemonte 29 ottobre 1992, n. 42 e s.m.i.

⁹ Come, quanto alla Regione Toscana, il decreto del presidente della giunta regionale 4 gennaio 2012, n. 1/R, contenente il regolamento di attuazione dell'articolo 76 undecies della legge regionale 24 febbraio 2005, n. 40 (Disciplina del servizio sanitario regionale) in tema di riorganizzazione del sistema sanitario di emergenza urgenza.

¹⁰ Fra le quali quella della Direzione Sanità della Regione Abruzzo, in data 1° ottobre 2002, in materia di trasporto di infermi e feriti.

¹¹ T.A.R. Veneto, Sez. III, 9 marzo 2018, n. 275 (rispetto a cui l'istanza di misure cautelari temporanee è stata rigettata da Cons. St., Sez. III, 15 marzo 2018, n. 1203), e T.A.R. Lazio, III quater, 2 febbraio 2018, n. 1277.

sporto ordinario in ambulanza (non quindi solo emergenziale e di soccorso), si porrebbe in radicale contrasto con la regola opposta (e certamente prevalente) fissata dalla direttiva europea e dal codice appalti che, appunto, prevedono che il trasporto in ambulanza a carattere non emergenziale sia affidato mediante gara: pertanto la normativa regionale dovrebbe essere disapplicata¹².

6. Le prese di posizione dell’Autorità nazionale anticorruzione

In materia non si possono dimenticare alcune recenti prese di posizione dell’ANAC, di carattere più o meno generale.

Sicuramente un carattere generale è proprio delle considerazioni svolte dall’Autorità nelle “linee guida per l’affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali”, approvate con delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, che forniscono indicazioni operative alle stazioni appaltanti in tale materia.

In particolare, in siffatte linee guida è stato osservato che le disposizioni in materia di servizi sociali consentono la possibilità di effettuare affidamenti ai soggetti del terzo settore in deroga all’applicazione del Codice dei contratti (allora quello del 2006¹³) “introducendo il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali, al fine di consentire agli organismi del privato sociale la piena espressione della propria progettualità”. L’Anac in tale delibera ha acutamente precisato che, poiché si tratta di “previsioni derogatorie, le stesse possono trovare applicazione nei soli casi espressamente consentiti dalla normativa, al ricorrere dei presupposti soggettivi ed oggettivi ivi individuati, con esclusione di applicazioni analogiche o estensive”. Ha aggiunto che, siccome l’erogazione di servizi sociali comporta l’impiego di risorse pubbliche, “devono essere garantite l’economicità, l’efficacia e la trasparenza dell’azione amministrativa, oltre che la parità di trattamento tra gli operatori del settore”. Pertanto l’Anac ha precisato che, al fine di valorizzare l’apporto del volontariato nel sistema di interventi e servizi sociali, è stata introdotta una riserva in favore delle organizzazioni di volontariato per l’erogazione di servizi alla persona, viste la particolare natura delle prestazioni e le finalità sociali perseguite con l’affidamento del servizio (solidarietà sociale, accessibilità diffusa del servizio, equilibrio economico, garanzia del mantenimento dei livelli essenziali): al riguardo, ad avviso dell’Autorità, la deroga all’applicazione delle regole dell’evidenza pubblica può essere giustificata soltanto quando sussista l’attitudine

¹² T.A.R. Veneto, Sez. III, n. 275/2018, cit., che richiama pure Cons. St., Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139, su cui v. *infra*.

¹³ D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”.

del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, efficienza economica e adeguatezza.

Successivamente¹⁴, l'Anac ha affermato che gli obiettivi menzionati nelle citate linee guida sono conformi a quelli che stanno alla base del d.lgs. 50/2016, cosicché i principi affermati in tali linee guida sono validi anche in vigore del nuovo codice dei contratti.

Carattere molto particolare ha, invece, la delibera resa da Anac nel 2017¹⁵ a seguito della richiesta di parere, formulata dal Ministero della Salute, circa l'assimilazione delle convenzioni stipulate con la Croce Rossa Italiana ai contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016. La delibera dapprima ripercorre la profonda evoluzione normativa che ha avuto per oggetto la Croce rossa ai sensi del d. lgs. 28 settembre 2012, n. 178: le funzioni esercitate dall'Associazione italiana della Croce rossa (CRI), denominata CRI, sono trasferite, a decorrere dal 1° gennaio 2016, alla costituenda Associazione della Croce Rossa italiana, denominata Associazione, promossa dai soci della CRI, la quale è persona giuridica di diritto privato di interesse pubblico ed è ausiliaria dei pubblici poteri nel settore umanitario; la CRI è riordinata secondo le disposizioni del medesimo decreto legislativo e, dal 1° gennaio 2016 fino alla data della sua liquidazione, assume la denominazione di «Ente strumentale alla Croce Rossa italiana», mantenendo la personalità giuridica di diritto pubblico come ente non economico, sia pure non più associativo, con la finalità di concorrere temporaneamente allo sviluppo dell'Associazione.

Inoltre l'Anac ricorda che (ai sensi dell'art. 1, c. 6), l'Associazione della Croce Rossa italiana, anche per lo svolgimento di attività sanitarie e socio sanitarie per il Servizio sanitario nazionale, può sottoscrivere convenzioni con pubbliche amministrazioni, partecipare a gare indette da pubbliche amministrazioni e sottoscrivere i relativi contratti: per lo svolgimento delle attività di cui all'articolo 1 del d. lgs. 178/2012, le pubbliche amministrazioni (quelle di cui all'articolo 1, c. 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165) sono autorizzate a stipulare convenzioni prioritariamente con l'Associazione.

All'esito delle sue considerazioni l'Anac conclude che, nell'attuale assetto della CRI (ente strumentale della Croce Rossa Italiana) – precedente alla sua trasformazione ai sensi dell'art. 1, d. lgs. 178/2012 – nel quale la stessa mantiene la natura di ente pubblico non economico, può confermarsi la possibilità per la medesima di stipulare convenzioni con pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 15 della l. 241/1990. Invece l'Anac ritiene che, successivamente alla trasformazione della stessa in persona giuridica di diritto privato, operante come associazione di promozione sociale, la stipula di convenzioni con pubbliche amministrazioni per lo svolgimento di servizi sanitari e sociali, in deroga al codice, sarebbe consentita esclusivamente nel caso in cui siano rispettate le condizioni e dei limiti indicati dall'Autorità nelle linee-guida del 2016.

¹⁴ Con delibera n. 911 del 31 agosto 2016 (parere URCP34/016).

¹⁵ Delibera n. 833 del 1° agosto 2017, avente Oggetto: Ministero della Salute, convenzioni con la Croce Rossa Italiana, richiesta di parere. AG 16/2017/APC.

7. Il “dibattito” fra Corte di giustizia e giudici amministrativi: la giurisprudenza della Corte di giustizia

La Corte di giustizia è stata chiamata più volte a decidere la compatibilità con il diritto dell'Unione europea di discipline degli stati membri o di enti dotati di competenze normative in tema di affidamento di servizi socio-sanitari e, in particolare, dei servizi di trasporto di malati: anche soltanto con riferimento a quest'ultimo tema specifico sarebbe impossibile, in questa sede, una panoramica giurisprudenziale completa¹⁶.

Con riferimento al servizio di trasporto sanitario la Corte è stata investita del problema della compatibilità in questione della legge di un Land tedesco che ammetteva l'attribuzione di “diritti speciali” ad organizzazioni non profit¹⁷, sicché, in attuazione della legge, a tali organizzazioni era stato conferito in via esclusiva il servizio di trasporto di malati (ordinario e d'urgenza): in tal modo veniva ristretto l'accesso al mercato da parte di soggetti privati diversi da esse. Gli interessati avevano sostenuto che il trasporto d'urgenza, anche in considerazione del fatto che va garantito ventiquattro ore su ventiquattro, richiede investimenti costosi in equipaggiamento e in personale qualificato, cosicché occorrerebbe evitare che tali costi non possano essere, almeno parzialmente, compensati degli introiti provenienti dai trasporti non urgenti.

Il giudice europeo, premesso che, nella specie, la legislazione del Land aveva conferito alle organizzazioni in questione un diritto speciale od esclusivo ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato CE (divenuto art. 86, n. 1, CE), tuttavia tale legislazione è giustificata alla luce dell'art. 90, n. 2, del Trattato, purché non osti al rilascio di un'autorizzazione ad operatori indipendenti nel caso in cui sia dimostrato che le organizzazioni sanitarie incaricate della gestione del servizio di soccorso medico d'urgenza non sono manifestamente in grado di soddisfare la domanda nel settore dei servizi di trasporto medico d'urgenza e di trasporto di malati. Spetta al giudice *a quo* verificare se effettivamente le organizzazioni sanitarie che occupano una posizione dominante sui mercati di cui trattasi siano in grado di soddisfare la domanda e di adempiere non solo il loro obbligo giuridico di fornire servizi di soccorso medico d'urgenza in tutte le situazioni, 24 ore su 24, ma anche di offrire efficientemente i servizi di trasporto di malati.

Successivamente, nel 2007, la Corte di Giustizia si è pronunciata sul tema in esame con riferimento ad un caso interessante l'Italia¹⁸, riguardante un accordo-quadro stipulato fra Regione Toscana (e relative aziende sanitarie), da una parte, ed alcune associazioni del

¹⁶ F. SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it, 2016, n. 4, 4 maggio 2016.

¹⁷ Corte di giustizia, Sez. V, 25 ottobre 2001, causa C-475/99 (caso *Ambulanz Glöckner* contro *Landkreis Südwestpfalz*).

¹⁸ Sentenza Sez. III, 29 novembre 2007, causa C-119/06, Commissione/Italia-Regione Toscana.

volontariato e la Croce rossa, dall'altra, ai fini dell'affidamento ad esse del servizio di trasporto sanitario. La Commissione europea, osservando che l'accordo era redatto senza alcun procedimento selettivo, senza preventiva forma di pubblicità e con la previsione di un sistema forfettario di rimborso delle spese sostenute dalle associazioni nell'erogazione del servizio, aveva proposto ricorso dinanzi alla Corte, nell'assunto che l'accordo avrebbe dovuto essere assoggettato all'ambito di applicazione della direttiva 92/50/CE (allora vigente), con osservanza del procedimento ad evidenza pubblica, stante la sussistenza dei caratteri tipici dell'appalto.

In riferimento a tale caso, i giudici europei hanno fissato alcuni punti: l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato; le associazioni interessate possono esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori; la circostanza che, a seguito del fatto che i loro collaboratori agiscono a titolo volontario, tali associazioni possano presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di altri offerenti non impedisce loro di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva 92/50; l'accordo quadro del 2004 dev'essere considerato un contratto a titolo oneroso, poiché, sebbene il lavoro delle persone che effettuano i trasporti sanitari in questione non sia retribuito, i pagamenti previsti dalle pubbliche autorità interessate superano il semplice rimborso delle spese sostenute per fornire i servizi di trasporto sanitario, che sono fissati preventivamente e forfettariamente, sulla base di tabelle allegate all'accordo quadro del 2004, che prevedono anche il pagamento di una somma fissa per la messa a disposizione (detta «stand-by») di un autoveicolo destinato agli interventi; pertanto tale accordo quadro costituisce un appalto pubblico di servizi.

In sintesi¹⁹, va applicata la disciplina comunitaria in tema di affidamento dei servizi, ossia la procedura di evidenza pubblica aperta e trasparente che consenta la concorrenzialità fra i partecipanti alla gara, mentre lo strumento della convenzione è utilizzabile soltanto per i servizi i cui importi siano sotto soglia²⁰.

¹⁹ Come scrive E. Rossi, *La partecipazione degli enti privati all'organizzazione dei servizi socio-sanitari in Toscana*, in *Istituzioni del federalismo* 2016, n. 3, 820.

²⁰ Nonostante tali premesse, la Corte reputa infondato il ricorso della Commissione, visto che la direttiva 92/50 si applica soltanto agli appalti pubblici di servizi il cui valore stimato al netto dell'IVA è uguale o superiore a taluni importi ivi precisati, mentre la Commissione non ha provato il valore degli appalti specifici conclusi in forza dell'accordo quadro del 2004, non dimostrando che la soglia d'applicazione della direttiva 92/50 sia stata nella fattispecie raggiunta.

Tralasciando altre, pur rilevanti, pronunce della Corte di giustizia²¹, occorre menzionare quella del 2014²² attinente ad una fattispecie italiana, che è stata pronunciata su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato italiano²³. Nella specie, con apposita delibera la Regione Liguria aveva approvato un accordo quadro regionale concluso con l'ANPAS, il Consorzio italiano pubbliche assistenze (CI-PAS) e la Croce Rossa Italiana - Comitato regionale Liguria, organismi che rappresentano le associazioni di volontariato: l'accordo riguardava la regolamentazione dei rapporti fra le aziende sanitarie ed ospedaliere, da un lato, e le associazioni di volontariato e la Croce Rossa Italiana - Comitato regionale Liguria, dall'altro, in applicazione dell'articolo 75 ter, paragrafo 2, lettera a), della l. r. n. 41/2006. Con successiva delibera l'ASL n. 5 "Spezzino" ha attuato l'accordo quadro in parola e ha sottoscritto le convenzioni per i trasporti sanitari di urgenza ed emergenza con le associazioni di volontariato aderenti all'ANPAS e con la Croce Rossa Italiana.

La Corte di giustizia conclude che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che, come quella in discussione nel procedimento principale, prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata.

Per giungere a tale conclusione il giudice europeo ribadisce che il summenzionato accordo quadro regionale costituisce un accordo quadro ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 5, della direttiva 2004/18, e rientra quindi, in via generale, nella nozione di appalto pubblico. Aggiunge però alcune considerazioni rilevanti.

²¹ Sez. III, sentenza 29 aprile 2010, Commissione/Repubblica Federale di Germania, C-160/08, in materia di trasporto medico d'urgenza e trasporto sanitario qualificato, resa su Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica federale di Germania, avendo affidato una serie di appalti nel settore dei servizi pubblici di trasporto medico d'urgenza e di trasporto sanitario qualificato (in prosieguo: i «servizi pubblici di trasporto sanitario») in modo non trasparente, senza previa indicazione di pubbliche gare e senza pubblicazione di alcun avviso relativo agli appalti attribuiti, ha violato gli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), nonché i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi quali sanciti dagli artt. 43 CE e 49 CE. La sentenza, respingendo il ricorso quanto al resto, ha dichiarato che la Repubblica federale di Germania, non avendo pubblicato alcun avviso relativo ai risultati delle procedure di affidamento degli appalti, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 10 della direttiva 92/50, letto in combinato disposto con l'art. 16 di tale direttiva, oppure, dal 1° febbraio 2006, in forza dell'art. 22 della direttiva 2004/18.

²² Sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-113/13, caso Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino».

²³ Sez. III, ordinanza del 25 gennaio 2013, n. 1195.

Per un verso, il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, nella misura in cui riguarda, in particolare, gli appalti pubblici di servizi, è diretto a garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata e più ampia possibile negli Stati membri, sicché un sistema di convenzioni come quello instaurato dall'articolo 75 ter della l. r. n. 41/2006 conduce ad un risultato contrario ai suddetti obiettivi, poiché, prevedendo che le amministrazioni pubbliche competenti facciano ricorso, tramite affidamento diretto, in via prioritaria alle associazioni di volontariato convenzionate per far fronte alle necessità nel settore, esclude i soggetti non finalizzati al volontariato da una parte essenziale del mercato interessato. Conformemente alla giurisprudenza della Corte, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di un appalto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice di detto appalto costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto. Salvo che sia giustificata da circostanze obiettive, una tale disparità di trattamento, che esclude tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro e quindi opera principalmente a danno di esse, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata in applicazione degli articoli 49 TFUE e 56 TFUE.

Per un altro verso, ai sensi dell'articolo 75 ter, paragrafi 1 e 2, lettera a), della l. r. n. 41/2006, le modalità di organizzazione del servizio di trasporto sanitario in discussione nel procedimento principale sono motivate dai principi di universalità, di solidarietà, di efficienza economica e di adeguatezza, giacché il ricorso in via prioritaria alle associazioni di volontariato convenzionate è specialmente diretto a garantire che detto servizio di interesse generale sia assicurato in condizioni di equilibrio economico a livello del bilancio²⁴. Di conseguenza – sempre ai sensi della pronuncia – uno Stato membro può ritenere, nell'ambito del potere discrezionale di cui dispone per stabilire il livello di tutela della sanità pubblica e organizzare il proprio sistema di sicurezza sociale, che il ricorso alle associazioni di volontariato corrisponda alla finalità sociale del servizio di trasporto sanitario d'urgenza e che sia idoneo a contribuire al controllo dei costi legati a tale servizio.

La Corte rileva che un sistema di organizzazione del servizio di trasporto sanitario di urgenza come quello in discussione nel procedimento principale, consistente, per le amministrazioni competenti, nel ricorso in via prioritaria ad associazioni di volontariato, deve effettivamente contribuire alla finalità sociale così come al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detto sistema è basato. A tale riguardo è necessario che, nel loro intervento in tale contesto, le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati al precedente punto della presente sentenza, che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi

²⁴ Invero, può costituire una ragione imperativa di pubblico interesse in grado di giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti può rientrare parimenti in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute.

variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri. Peraltro, se è ammissibile che si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato, l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale.

L'affermazione della Corte è tuttavia sottoposta a limiti e condizioni. Invero, in considerazione del principio generale del diritto dell'Unione del divieto dell'abuso di diritto, l'applicazione della menzionata legislazione non può estendersi fino a ricomprendere pratiche abusive delle associazioni di volontariato o anche dei loro membri. Quindi, l'attività delle associazioni di volontariato può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento. Relativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse²⁵.

In sintesi, la pronuncia del 2014 si occupa del trasporto sanitario in genere, mentre altra pronuncia più recente, del 2016, pur riprendendone l'indirizzo, attiene sia alle prestazioni d'urgenza, sia a quelle ordinarie²⁶. Inoltre la pronuncia del 2016 si caratterizza per il fatto che il giudice *a quo*, il T.A.R. Piemonte, aveva prospettato non una, ma tre questioni pregiudiziali, inducendo il giudice europeo ad affrontare un più ampio e approfondito spettro di tematiche.

La fattispecie atteneva ad un caso italiano: nell'ambito del servizio sanitario nazionale, un'ASL torinese forniva a soggetti dializzati servizi di trasporto, garantendo così l'accesso materiale alle strutture sanitarie nell'ipotesi in cui tali soggetti fossero impossibilitati a provvedervi di persona; tale servizio rispondeva all'obiettivo di rendere fisicamente ed economicamente accessibile una prestazione sanitaria resa nell'ambito del servizio sanitario nazionale. Con apposita deliberazione il direttore generale dell'ASL aveva affidato in convenzione tale servizio, per alcuni mesi, alle associazioni di volontariato aderenti all'Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS) - Comitato regionale Piemonte, ossia, in particolare all'Associazione Croce Bianca, con conseguenti stanziamenti di bilancio a copertura degli oneri interessati durante tale periodo. Alcuni artigiani dei settori del trasporto in taxi e del noleggio di autovetture con conducente, che in precedenza avevano fornito

²⁵ Spetta al giudice del rinvio effettuare tutte le valutazioni necessarie al fine di verificare se il sistema di organizzazione del servizio di trasporto sanitario di urgenza in discussione nel procedimento principale, quale disciplinato dalla normativa applicabile e attuato con l'accordo quadro regionale e le specifiche convenzioni che da esso discendono, contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detto sistema è basato.

²⁶ F. Sanchini, *op. cit.*, 34.

il servizio all'ASL, hanno impugnato tale decisione dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte lamentando, in particolare, la violazione del diritto dell'Unione. Occorre inoltre tener presente che la Giunta regionale del Piemonte e l'ANPAS - Comitato regionale Piemonte, in qualità di organismo territoriale di coordinamento, hanno stipulato un accordo, approvato con decisione del Consiglio regionale, volto a disciplinare le relazioni tra le aziende sanitarie locali di tale regione e le associazioni di volontariato per quanto riguarda i servizi di trasporto sanitario. In sintesi, come ha rilevato il giudice del rinvio, la convenzione ha ad oggetto, nel complesso, una serie di prestazioni di trasporto, quali il trasporto d'urgenza, di cui il trasporto di soggetti dializzati costituirebbe solo una minima parte.

A fronte delle tre questioni pregiudiziali prospettate dal TAR, la Corte di giustizia²⁷ risponde come segue, con una serie di argomentazioni che frequentemente richiamano l'impianto della pronuncia del 2014 relativa al caso ligure e che sembra utile riferire nei dettagli, poiché forniscono utilissimi spunti esegetici.

Quanto ad una prima questione, la Corte afferma che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni medesime contribuisca effettivamente ad una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio.

Infatti, come afferma la pronuncia sul caso ligure, un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto o che tale contratto sia stipulato con un soggetto che non persegue scopi di lucro²⁸. Ad avviso della Corte, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di un appalto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice di tale appalto costituisce una disparità di trattamento, vietata ai sensi degli articoli 49 TFUE e 56 TFUE, a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto e che invece sarebbero escluse: disparità che però potrebbe essere giustificata da circostanze

²⁷ Sez. V, 28 gennaio 2016, C-50/2014.

²⁸ La Corte osserva che la risposta alla questione posta varia a seconda che la direttiva 2004/18 sia pienamente applicabile o, al contrario, che debbano essere presi in considerazione i principi generali di trasparenza e della parità di trattamento derivanti dagli articoli 49 TFUE e 56 TFUE. Nel primo caso, la direttiva 2004/18 osta a una normativa nazionale che, come quella di cui al procedimento principale, consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, a organizzazioni di volontariato. Nel secondo caso, il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, nella misura in cui riguarda, in particolare, gli appalti pubblici di servizi, è diretto a garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata e più ampia possibile negli Stati membri e l'applicazione di una normativa nazionale come quella di cui al procedimento principale conduce a un risultato contrario a tali obiettivi, poiché esclude i soggetti non finalizzati al volontariato dagli appalti interessati.

obiettive. In effetti, sempre a giudizio della Corte, il ricorso a queste associazioni per l'organizzazione del servizio di trasporto sanitario può trovare motivazione nei principi di universalità e di solidarietà, nonché in ragioni di efficienza economica e di adeguatezza, in quanto consente che tale servizio di interesse generale sia garantito in condizioni di equilibrio economico sul piano di bilancio, da organismi costituiti essenzialmente al fine di soddisfare interessi generali. Sul punto, il diritto dell'Unione non incide sulla competenza di cui dispongono gli Stati membri per configurare i loro sistemi di sanità pubblica e previdenziali: nell'avvalersi di tale competenza, gli Stati membri non possono introdurre o mantenere ingiustificate restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali nell'ambito delle cure sanitarie. Tuttavia, nel valutare il rispetto di tale divieto è necessario tener conto del fatto che la salute e la vita delle persone rivestono un'importanza primaria tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato e che spetta agli Stati membri decidere il livello al quale intendono garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui tale livello deve essere raggiunto. Non solo un rischio di grave pregiudizio per l'equilibrio economico del sistema previdenziale può costituire, di per sé, una ragione imperativa di pubblico interesse in grado di giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, ma, inoltre, l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico e ospedaliero equilibrato e accessibile a tutti può rientrare parimenti in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute.

In ordine alla seconda questione prospettata dal T.A.R., la Corte ritiene che, qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un'autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell'Unione, ad una previa comparazione delle proposte di varie associazioni. In proposito, a giudizio della Corte, qualora ricorrano tutte le condizioni che, alla luce del diritto dell'Unione, consentono ad uno Stato membro di prevedere il ricorso ad associazioni di volontariato, la fornitura di servizi di trasporto sanitario può essere attribuita a tali associazioni mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità: la mancanza di obblighi di pubblicità implica che le autorità pubbliche che ricorrono, nelle suddette condizioni, ad associazioni di volontariato non siano tenute, ai sensi del diritto dell'Unione, a procedere a una comparazione tra gli organismi di volontariato. Tuttavia la regolarità del ricorso ad associazioni di volontariato è soggetta, in particolare, alla condizione che detto ricorso contribuisca effettivamente all'obiettivo di efficienza di bilancio.

Circa la terza ed ultima questione, la Corte di giustizia afferma: qualora uno Stato membro, che consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, autorizzi tali associazioni ad esercitare determinate attività commerciali, spetta a tale Stato membro fissare i limiti entro i quali le suddette attività possono essere svolte. Detti limiti devono tuttavia garantire che le menzionate attività commerciali siano marginali rispetto all'insieme delle attività di tali associazioni, e siano di sostegno al perseguimento dell'attività di volontariato di queste ultime. Invero, la questione dell'esercizio, da parte di un organismo senza scopo di lucro,

di un'attività sul mercato, rientra nella competenza dei legislatori nazionali. Inoltre l'attività delle associazioni di volontariato deve rispettare rigorosamente i requisiti posti dalla normativa nazionale loro applicabile. Di conseguenza, spetta al legislatore nazionale che, nel permettere alle autorità pubbliche di ricorrere alle associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, abbia optato per la possibilità per tali associazioni di esercitare un'attività commerciale sul mercato, stabilire se sia preferibile inquadrare tale attività fissando un limite numerico o definendola altrimenti. Tuttavia, nel rispetto della natura stessa di tali associazioni di volontariato, qualunque attività commerciale esercitata da associazioni siffatte sul mercato dev'essere marginale ed essere di sostegno al perseguimento della loro attività di volontariato.

Di conseguenza, appare che con la pronuncia del 2016 la Corte di giustizia operi, con queste ultime considerazioni, un'ulteriore apertura a favore del ricorso alle associazioni di volontariato, anche nell'ipotesi del conseguimento di utili finalizzati agli scopi individuati dalla Corte.

Le pronunce della Corte di giustizia sulle problematiche in esame non sembrano esaurite, visto che è stata proposta di recente un'altra domanda di pronuncia pregiudiziale da parte di un giudice tedesco²⁹. Oltre ad altre questioni³⁰, tale giudice prospetta se siano qualificabili come «organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro» nell'accezione dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24/UE, le organizzazioni e associazioni il cui scopo consiste nell'assolvimento di compiti di interesse pubblico, che non perseguano scopi di lucro e che reinvestano eventuali utili per conseguire lo scopo dell'organizzazione. Il quesito che in tal caso viene posto all'attenzione della Corte riguarda, pertanto, l'ipotesi in cui l'organizzazione potrebbe conseguire utili, ma li investa per scopi riguardanti l'organizzazione stessa. Al momento non consta che sia stata adottata una pronuncia della Corte in proposito: ma sembra che si tratterà di una pronuncia di grande interesse.

8. (Segue): la giurisprudenza italiana

Le problematiche in esame hanno dato adito ad un ampio contenzioso in sede giurisdizionale amministrativa, specie negli ultimi anni.

²⁹ L'Oberlandesgerichts Düsseldorf (Germania) il 2 agosto 2017 – Falck Rettungsdienste GmbH, Falck A/S/Stadt Solingen (Causa C-465/17).

³⁰ Se l'assistenza e la cura di pazienti in situazioni di emergenza in un mezzo di soccorso (Rettungswagen) da parte di un soccorritore qualificato / soccorritore sanitario (Rettungsassistent / Rettungssanitäter) e l'assistenza e la cura di pazienti in un veicolo sanitario (Krankentransportwagen) da parte di un soccorritore sanitario / aiuto soccorritore (Rettungssanitäter/Rettungshelfer) costituiscono «servizi di difesa civile, protezione civile e prevenzione contro i pericoli» ai sensi dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24/UE 1, identificati dai codici CPV 7525000-7 (servizi di salvataggio) e 85143000-3 (servizi di ambulanza); se l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24/UE possa essere inteso nel senso che sono qualificabili come «organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro» in particolare le organizzazioni di assistenza riconosciute in base alla normativa nazionale come organizzazioni di difesa e protezione civile.

Tralasciando altri casi, in questa sede si possono ricordare due pronunce del Consiglio di Stato.

Una, del 2015, attiene al caso ligure dell'ASL dello Spezzino e costituisce, pertanto, l'esito della vicenda processuale che era stata al centro della citata sentenza del 2014 della Corte di giustizia.

Basandosi su quanto affermato da tale sentenza, il Consiglio di Stato³¹ respinge il ricorso proposto in primo grado da due cooperative sociali (fra le quali una Croce Verde) rientranti fra i soggetti che svolgevano detti servizi in base a preesistenti convenzioni, le quali avevano impugnato dinanzi al TAR Liguria i provvedimenti con cui l'ASL, sulla base dell'accordo quadro regionale per la regolamentazione dei rapporti tra aziende sanitarie ed ospedaliere e le associazioni di volontariato e la Croce Rossa Italiana approvato con decreto della giunta regionale ha deliberato (e poi sottoscritto) convenzioni per i trasporti sanitari di urgenza ed emergenza con le associazioni di volontariato aderenti all'ANPAS e con la Croce Rossa.

Infatti, ad avviso del Consiglio di Stato, è ragionevole supporre che la modalità organizzativa del servizio, giovandosi dell'espletamento dell'attività di volontari, a fronte del solo rimborso delle spese effettivamente sostenute, e quindi senza remunerazione (di buona parte) del personale utilizzato, e senza margini di profitto imprenditoriale, conduca ad un risparmio significativo di costi. Di conseguenza, non si ravvisano ragioni per dubitare che il ricorso in via prioritaria alle associazioni di volontariato e alla CRI sia una modalità di organizzazione del servizio idonea a garantire ad un tempo il perseguimento degli obiettivi di solidarietà sociale e di efficienza economica³².

In sintesi, deve ritenersi oramai codificato il principio dell'affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza³³.

La più recente presa di posizione del Consiglio di Stato³⁴ ha avuto ad oggetto un caso in cui un'Azienda sanitaria locale aveva indetto una gara che verteva sull'affidamento dei servizi di trasporto di pazienti nell'ambito dei presidi e stabilimenti aziendali (oltre che dei servizi di trasporto di materiali sanitari): il bando e tutti gli atti della gara sono stati impugnati da associazioni di volontariato esercenti servizi di pubblica assistenza e trasporto sanitario. Il ricorso proposto in primo grado dapprima è stato accolto dal T.A.R. Liguria, ma poi è stato rigettato dal Consiglio di Stato.

Ad avviso del Consiglio di Stato, i servizi di trasporto di persone in ambulanza, qualora di valore pari o superiore alla soglia comunitaria di 750.000,00 euro (art. 35 c. 1 lett. d), come nella specie, ricadono nell'ambito della direttiva UE 24/2014 e del relativo Titolo III, dedi-

³¹ Sez. III, 26 giugno 2015, n. 3208.

³² La fattispecie ricadeva nella vigenza della legislazione regionale anteriore alla l.r. 14/2014.

³³ Come sintetizza il T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 12 gennaio 2018, n. 32.

³⁴ Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139.

cato ai particolari regimi di appalto: in specifico, gli artt. 74 e ss., indicano le disposizioni in tema di affidamento dei servizi di cui all'allegato XIV (ivi inclusi i servizi di ambulanza). Nell'ambito del d.lgs. 50/2016 i servizi di ambulanza identificati con il CPV predetto, rientrano tra i servizi sanitari che, ai sensi degli artt. 140,142, 143 e 144 del codice, possono formare oggetto di appalti pubblici secondo il cd. "regime alleggerito" di cui all'art. 142 o secondo il sistema della gara "riservata" a determinate categorie di operatori no-profit, ai sensi dell'art. 143. Le nuove disposizioni comunitarie e nazionali (art. 17, lettera h, del d.lgs. 50/2016) restringono l'area dell'affidamento diretto ai soli servizi di trasporto in ambulanza che possano definirsi di "emergenza".

Il Consiglio di Stato aggiunge che una serie di indici interpretativi depongono nel senso che anche i "trasporti sanitari di pazienti" non rientrino (se non in misura marginale o minoritaria) nel trasporto d'emergenza. Fra tali indici interpretativi sono inclusi i seguenti: l'oggetto dell'affidamento non attiene a trasporti di "soccorso", bensì a spostamenti di "pazienti", quindi non di soggetti genericamente malati o infortunati ma di persone già ospedalizzate, sicché i destinatari del servizio fanno riferimento ad un ambito operativo diverso da quello del soccorso d'emergenza; nella specie il capitolato tecnico prevede una programmazione giornaliera della gestione delle attività di trasporto, il che concreta un tratto di estraneità all'area del servizio d'emergenza, nel senso che una medesima attività non può, contemporaneamente, essere soggetta a programmazione ed assolvere a finalità di emergenza-urgenza³⁵.

Il Consiglio di Stato rileva altresì che un'ipotetica ed eventuale attività sanitaria sulle ambulanze, per quanto si ricava dal capitolato di gara, non verrebbe a configurarsi né sotto il profilo economico, né sotto il profilo funzionale, come la componente prevalente dell'affidamento *de quo*, tale da giustificare l'assoggettamento al regime «alleggerito»³⁶.

In conclusione, il Consiglio di Stato afferma, alla luce dei numerosi ed approfonditi argomenti adottati, che i trasporti sanitari di pazienti di cui alla fattispecie non rientrano nel concetto di trasporto d'emergenza.

³⁵ Ulteriori indici interpretativi sarebbero: la classificazione dei trasporti oggetto dell'affidamento nelle due categorie delineate dall'art. 2, lett. a) del capitolato tecnico, entrambe apparentemente estranee all'area dell'emergenza (i "trasporti programmati" e i "trasporti di rientro del paziente in reparto dopo esecuzione dell'accertamento/consulenza"); il fatto che i trasporti ordinari costituiscono attività "programmate" e gestite da un centro per il coordinamento che si integra (ma non coincide) con le Centrali Operative del Servizio 118; la previsione, nel capitolato, che la gestione e la programmazione delle attività di trasporto venga gestita da una Centrale Operativa, dotata di sistema radio "che dovrà consentire collegamenti diretti con l'U.O. Centrale Operativa 118", il che conferma il carattere ordinario e programmato del trasporto messo a gara; l'ulteriore previsione, nel capitolato tecnico, della presenza, a bordo dei mezzi, di un soccorritore con formazione specifica, il quale però, sempre in base al capitolato, non rientra nella categoria del personale sanitario o infermieristico, ma è un mero accompagnatore munito di "fondamentali nozioni di primo soccorso e delle norme di organizzazione del presidio ospedaliero" ed il cui intervento operativo è contemplato in termini eventuali, cosicché, anche da questo punto di vista, il trasporto in esame non presenta contenuti di rilevanza "medico - specialistico o sanitaria" tali da apparentarlo, per questo specifico profilo, alla tipologia del servizio d'emergenza.

³⁶ Al riguardo il considerando 28 della Direttiva 2014/24/UE precisa, come già rilevato, che "nel caso ... di contratti misti per la prestazione di servizi di ambulanza che riguardano sia servizi di trasporto che sanitari, si applica il regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza è superiore al valore di altri servizi di ambulanza".

9. Considerazioni conclusive

Il tema di esame, come si è visto, è al centro di recenti e dibattute prese di posizione del diritto dell'Unione europea, della legislazione nazionale e regionale, di delibere dell'Anac e di ampia giurisprudenza.

Quanto al trasporto d'urgenza delle persone, si può ritenere legittimo l'affidamento diretto del servizio, senza gara, alle menzionate associazioni di volontariato, alle condizioni che la giurisprudenza recente puntualizza. Nell'ambito della normativa italiana (articoli 2 e 118 della Costituzione, articoli 1 e 45 della l. 23 dicembre 1978, n. 833) il ricorso alle associazioni di volontariato per l'organizzazione del servizio di trasporto sanitario si può giustificare alla stregua dei principi di universalità e di solidarietà, nonché delle esigenze di efficienza economica e di adeguatezza: stante l'esigenza del pareggio del bilancio e delle ristrettezze finanziarie, tale ricorso permette che tale servizio di interesse generale sia effettuato con un risparmio per le risorse economiche pubbliche, le quali in tal modo possono essere utilizzate nell'approvvigionamento di personale e di beni indispensabili per tutelare appieno il diritto costituzionale alla salute.

Però l'affidamento diretto in parola non può, ad avviso di chi scrive, costituire l'elusione di due punti rilevanti.

Da un lato, la necessità di controlli sulle dotazioni dei mezzi di trasporto, sull'idoneità dei volontari ad interagire con le persone da trasportare, sulla concreta presenza di medici e infermieri anche in sede di manovre d'urgenza, e in generale sulla funzionalità della macchina organizzativa.

Dall'altro lato, al di là dei casi in cui si consente l'affidamento diretto, dovrebbero trovare applicazione le regole ordinarie imperniate sulla selezione preceduta da ampia pubblicità. Tale assunto sembra trovare conferma anche in quanto si legge nelle citate linee-guida dell'Anac del 2016: le disposizioni di settore in materia di servizi sociali prevedono la possibilità di effettuare affidamenti ai soggetti del terzo settore in deroga all'applicazione del codice dei contratti, introducendo il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali, al fine di consentire agli organismi del privato sociale la piena espressione della propria progettualità. Infatti, come sottolinea l'Anac, si tratta di previsioni derogatorie, le quali possono trovare applicazione nei soli casi espressamente consentiti dalla normativa, al ricorrere dei presupposti soggettivi ed oggettivi ivi individuati, con esclusione di applicazioni analogiche o estensive. Inoltre, atteso che l'erogazione di servizi sociali comporta l'impiego di risorse pubbliche, devono essere garantite l'economicità, l'efficacia e la trasparenza dell'azione amministrativa, oltre che la parità di trattamento tra gli operatori del settore.

In effetti, relativamente ai servizi di trasporto non di urgenza ed emergenza le procedure di gara sono concretamente organizzate e vengono svolte, come emerge dal contenzioso sorto in relazione ad alcune addotte illegittimità di esse: ad esempio, quanto al trasporto

assistito degli utenti in trattamento dialitico³⁷ oppure quanto al trasferimento dei pazienti da una struttura sanitaria ad altre strutture sanitarie³⁸.

A parere di chi scrive è utile il ricorso al volontariato, anche in relazione al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, specie in periodi di crisi finanziaria ed in relazione alle esigenze del debito sovrano, come si evince dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia. Tuttavia rispetto a tali esigenze pare preminente la necessità della tutela della persona trasportata, della tempestività e precisione nel trasporto, anche in correlazione con l'apprestamento delle doverose prime cure alla persona. Il ricorso al volontariato non può mai tradursi in un *minus* di garanzia della persona da trasportare.

Quanto al trasporto di emergenza, si potrebbero prospettare ulteriori quesiti: fra l'altro, si può profilare la necessità di operare una selezione fra più associazioni di volontariato. Tale quesito³⁹ non sembra che, finora, abbia trovato risposte adeguate⁴⁰. L'impressione è che, nella soluzione delle problematiche in esame, ci si trovi ancora "a metà del guado".

³⁷ Cfr. in proposito: Cons. St., Sez. III, 6 febbraio 2014, n. 584; id., 17 febbraio 2016, n. 647; T.A.R. Umbria, Sez. I, 2 gennaio 2018, n. 8.

³⁸ Cons. St., Sez. III, 19 ottobre 2015, n. 4789.

³⁹ V. il caso preso in esame da T.A.R. Piemonte, Sez. I, 13 maggio 2016, n. 639.

⁴⁰ Ci si riferisce alle citate considerazioni della pronuncia di C. Giustizia, Sez. V, 28 gennaio 2016, C-50/2014.

Gli ostacoli alla mobilità sanitaria transfrontaliera in Italia*

Giovanni Boggero**

SOMMARIO: 1. Introduzione; – 2. La mobilità sanitaria transfrontaliera nell’ordinamento italiano prima della direttiva 2011/24/UE: il “doppio binario” intra-UE ed extra-UE; – 2.1. Il “primo binario”: l’accesso alle cure mediche in un altro Stato membro UE; – 2.2. Il “secondo binario”: l’accesso alle cure mediche in uno Stato extra-UE; – 2.3. Conclusione: una disciplina sfavorevole per la mobilità sanitaria verso gli Stati extra-UE; – 3. L’adozione della direttiva 2011/24/UE: un’opera di mera “codificazione” della giurisprudenza?; – 3.1. Il contenuto della direttiva: limiti e condizioni deteriori rispetto ai regolamenti UE; – 3.2. Il d.lgs. 38/2014: un recepimento “restrittivo”; – 3.3. Conclusione: un livellamento verso il basso delle condizioni di accesso alle cure all’estero; – 4. Osservazioni conclusive. Il lento cammino verso il pieno diritto alle prestazioni sanitarie transfrontaliere.

ABSTRACT:

Questo lavoro ha lo scopo di verificare lo stato di attuazione della direttiva 2011/24/UE nell’ordinamento italiano, interrogandosi non soltanto su quali siano i rapporti tra essa e il funzionamento dei regolamenti europei ancora oggi in vigore, ma anche sulla questione se e in che misura siano aumentate oppure si siano ridotte le differenze normative tra la disciplina dell’assistenza sanitaria intra-UE rispetto a quella generale sull’assistenza sanitaria all’estero. Se ne concluderà che, nonostante le “aperture creative” della Corte di Giustizia UE, solo in parte cristallizzate nella direttiva 2011/24/UE, la garanzia del diritto costituzionale alla salute fuori dai confini nazionali rimane ad oggi del tutto parziale. L’Italia sembra anzi aver abbassato il livello delle garanzie per le cure all’estero, sollevando così problemi non solo di compatibilità con il diritto UE, ma anche con la Costituzione.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottore di ricerca in “Autonomie Locali, Servizi Pubblici e Diritti di Cittadinanza” nell’Università del Piemonte Orientale. Già assegnista di ricerca in diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Torino (a.a. 2017/2018). Attualmente Research Fellow del Collegio Carlo Alberto – Università degli Studi di Torino (a.a. 2018/2019). Questo scritto trae origine da una ricerca sulle cure transfrontaliere condotta nell’a.a. 2015/2016 per il CEIMS (Centro d’Eccellenza Interdipartimentale di Servizi per il Management Sanitario) dell’Università del Piemonte Orientale (responsabile scientifico: prof. Renato Balduzzi), sostenuta grazie al contributo della Compagnia di San Paolo.

This paper aims to analyse the state of enforcement of Directive 2011/24/EU on patients' rights in cross-border healthcare in the Italian legal order and, more precisely, to assess the relationship existing between it and previously adopted EU Regulations on the topic. At the same time, it will be made clear whether and if so to what extent the standards enjoyed by Italian patients for intra EU health mobility are still higher than those enjoyed by patients seeking treatment abroad. This paper ultimately claims that, paradoxically, after enforcement of Directive 2011/24/EU, the Italian legal framework provides for a lower degree of protection for patients seeking a treatment abroad than it was the case before. This opens up a series of legal questions with respect of its compatibility with both EU law and Italian constitutional law.

1. Introduzione

L'adozione della direttiva 2011/24/UE e il suo recepimento in Italia con d.lgs. 4 marzo 2014, n. 38 offrono l'occasione per una riflessione sistematica sulla disciplina legislativa e regolamentare in materia di mobilità sanitaria transfrontaliera nel nostro ordinamento, non soltanto nella sua dimensione organizzativa e procedurale, ma anche in quella di garanzia del diritto costituzionale alla salute al di fuori dei confini della Repubblica.

A partire dall'entrata in vigore del Regolamento CEE n. 1408/1971 (la cui disciplina è oggi divisa tra il Regolamento CE n. 883/2004 e Regolamento CE n. 987/2009) e con i primi interventi del legislatore italiano negli anni '80, è oggi possibile riscontrare l'esistenza sul piano normativo di un "doppio binario" per l'accesso alle cure all'estero, il primo dei quali, di natura speciale *ratione loci*, è destinato ad applicarsi ai soggetti che fruiscono di prestazioni sanitarie negli Stati membri dell'UE e dello Spazio economico europeo, meglio noto come EFTA, mentre, il secondo, di carattere generale, è applicabile in via residuale ai soggetti che fruiscono di trattamenti sanitari in Stati extra-europei e, laddove esso non contrasti con il diritto dell'UE, anche alle cure mediche fruibili in ambito unionale. Ai due "binari", che sin d'ora mostrano una qualche attitudine alla sovrapposizione, va peraltro affiancato un ramo ulteriore, quello degli accordi bilaterali o multilaterali sottoscritti dall'Italia con alcuni Stati.

La disciplina è ulteriormente classificabile sulla base della circostanza che le cure mediche siano prestate a un assistito del SSN che si trovi già all'estero, dal momento che vi risiede o vi dimora oppure a un assistito che si rechi all'estero con il preciso scopo di sottoporsi alla cura di una determinata patologia. Lo studio concernerà principalmente l'esame del quadro normativo per la mobilità sanitaria transfrontaliera dei cittadini italiani, *rectius* iscritti al SSN, ma cercherà di offrire qualche minimo riferimento comparativo anche sulle condizioni di ingresso e accesso alle cure in Italia dei cittadini stranieri UE ed extra-UE.

Il lavoro ha, per il resto, lo scopo precipuo di verificare lo stato di attuazione e applicazione della direttiva 2011/24/UE anche rispetto ad altri Stati membri dell'UE, interrogandosi non soltanto su quali siano i rapporti tra essa e il funzionamento dei citati regolamenti europei, ancora oggi in vigore, ma anche se e in che misura siano aumentate oppure si siano ridotte le differenze normative esistenti nell'ordinamento italiano tra la disciplina

dell'assistenza sanitaria intra-UE rispetto a quella generale sull'assistenza sanitaria all'estero. Se ne concluderà che, nonostante le "aperture creative" della Corte di Giustizia UE, solo in parte cristallizzate nella direttiva 2011/24/UE, la garanzia del diritto costituzionale alla salute fuori dai confini nazionali rimane ad oggi del tutto parziale, in quanto profondamente influenzata e limitata dalle scelte organizzative operate dagli Stati membri, rispetto ai quali l'Italia non fa eccezione.

2. La mobilità sanitaria transfrontaliera nell'ordinamento italiano prima della direttiva 2011/24/UE: il "doppio binario" intra-UE ed extra-UE

L'adozione della direttiva 2011/24/UE del 9 marzo 2011 prende le mosse dall'esigenza avvertita in sede europea di "codificare" i principi sviluppati in via pretoria nel corso dei decenni dalla Corte di Giustizia UE al fine di preservare un livello minimo di mobilità sanitaria dei pazienti tra gli Stati membri. Tali principi si inserivano, infatti, in un sistema normativo sovranazionale nel quale l'autorizzazione alle cure transfrontaliere era la regola e non l'eccezione. Lungi dall'essere stato superato del tutto, tale sistema, originariamente fondato sul Regolamento (CEE) n. 1408/71, rimane ancora oggi in vita come confluito nel Regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, cui si accompagna il Regolamento (CE) n. 987 (2009).

I regolamenti europei sono stati, quindi, la prima fonte di diritto derivato a disciplinare modalità e limiti della mobilità sanitaria transfrontaliera nel nostro ordinamento, seppur limitatamente a quelle prestazioni sanitarie erogabili negli Stati membri appartenenti alle Comunità economiche europee¹. Solo in un momento successivo, a partire dagli anni '80, il legislatore italiano ha disciplinato in via generale il fenomeno della mobilità sanitaria transfrontaliera, finendo così per produrre un "doppio binario"² normativo: il primo, di derivazione mista, sovranazionale e nazionale, si applica agli assistiti iscritti al SSN che si sottopongono a cure negli Stati membri UE o EFTA, il secondo, di derivazione esclusiva-

¹ In concomitanza con l'approvazione di tale disciplina vale la pena sottolineare come anche in sede di Consiglio d'Europa, alcuni Stati membri utilizzarono lo strumento del diritto internazionale pattizio per obbligarsi al rispetto di alcuni standard minimi in materia sanitaria: il 14 dicembre 1972 a Parigi, infatti, i plenipotenziari di Austria, Belgio, Francia, Italia, Lussemburgo e Turchia, firmarono la Convenzione europea sulla sicurezza sociale che, all'art. 40, reca disposizioni del tutto analoghe a quelle stabilite poco più di un anno prima dal Regolamento CEE n. 1408/71. Allo stato, sono otto gli Stati che hanno firmato e ratificato questa Convenzione, tra cui anche l'Italia.

² L'espressione "doppio binario" è usata qui in un'accezione diversa rispetto a quella proposta limitatamente al diritto UE nello scritto di: L. BUSATTA, *Nota alla sentenza C-268/13, Petru, Corte di Giustizia dell'Unione Europea (terza sezione), 9 ottobre 2014. Carenze sanitarie e mobilità transfrontaliera: si allarga il diritto "europeo" alla salute*, in DPCE online, 1/2015, 11. A distinguere, invece, tra una mobilità intra-comunitaria ed extra-comunitaria è anche: C. TUBERTINI, *La mobilità sanitaria: potenzialità e limiti nella prospettiva della piena tutela del diritto alla salute*, in: P.L. TRONCONI (a cura di), *Unione europea e diritto alla tutela della salute: problematiche giuridiche comparate*, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 117 e ss.

mente nazionale, si applica agli assistiti iscritti al SSN che ricevano particolari prestazioni sanitarie in qualsiasi altro Stato estero, per il quale non siano stati conclusi accordi bilaterali o multilaterali in deroga³.

2.1. Il “primo binario”: l’accesso alle cure mediche in un altro Stato membro UE

Le norme del Regolamento CEE n. 1408/1971 erano finalizzate non tanto ad armonizzare i sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri, scopo per il quale il diritto comunitario mancava e manca tutt’ora di una base competenziale, quanto a coordinarli, ossia a garantire la continuità nel godimento delle prestazioni previdenziali qualora un cittadino di uno Stato membro si fosse recato per lavoro, studio o turismo in uno Stato diverso da quello competente o di affiliazione⁴.

A tal riguardo, con riferimento all’assistenza sanitaria, i regolamenti UE pongono ancora oggi in capo allo Stato di competenza il compito di sopportare i costi delle prestazioni dei lavoratori (e dei loro familiari) che risiedono o dimorano in uno Stato diverso da quello nel quale sono assicurati (artt. 17 e 19, *ex art.* 19 del Regolamento n. 1408/71) al fine di non ostacolare la libertà di circolazione, così come protetta dall’art. 48 TFUE (*ex art.* 42 TCE). Costoro, in caso di malattia, potranno, quindi, usufruire di assistenza diretta, semplicemente esibendo la tessera europea assicurazione malattia (TEAM) in tutti gli Stati membri UE e dell’EFTA.

Analogamente, sarà a carico dello Stato di competenza l’assistenza per quei lavoratori e relativi familiari che risiedono e sono assicurati in uno Stato membro e si recano in un altro Stato membro per il solo fine di ottenere cure sanitarie appropriate al loro stato di salute, qualora esse non possano essere praticate entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico nello Stato di competenza (art. 20, *ex art.* 22 del Regolamento CEE n. 1408/71). In quest’ultimo caso, il diritto a ricevere le cure mediche da parte del lavoratore migrante va esercitato compilando il modulo E112 (oggi S2) ed è tuttora subordinato al rilascio di un’autorizzazione da parte delle istituzioni competenti dello Stato di affiliazione. Una volta autorizzata, la persona assicurata usufruirà delle cure mediche come se fosse assicurata nello Stato di assistenza. L’autorizzazione non potrà essere rifiutata se la prestazione richiesta rientra tra quelle previste dal sistema sanitario dello Stato membro in cui si è assicurati oppure se il ri-trasferimento verso lo Stato membro in cui si è assicurati sia

³ Il portale del Ministero della Salute elenca gli Stati con i quali sono stati finora conclusi accordi in materia di assistenza sanitaria: Argentina, Australia, Bosnia Erzegovina, Brasile, Capo Verde, Città del Vaticano, Macedonia, Montenegro, San Marino, Serbia, Principato di Monaco, Svizzera.

⁴ Sulle vicende relative ai regolamenti e alla loro evoluzione interpretativa si vedano: M. TRESKA, *L’evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea sulla mobilità sanitaria: dal caso Grogan al caso Petru*, in: D. MORANA (a cura di), *L’assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018, pp. 153 e ss.; D. SINDBERG MARTINSEN, *An Even More Powerful Court? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, Oxford, 2015, pp. 133 e ss. F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, 2011, pp. 135 e ss.

tale da compromettere lo stato di salute del paziente o l'applicazione delle cure mediche oppure, ancora, se le cure non possono essere prestate in un lasso di tempo accettabile nello Stato di affiliazione. La persona assicurata potrà ottenere prestazioni dallo Stato di assistenza sia in natura, sia in denaro, delle quali potrà poi chiedere il rimborso o direttamente allo Stato di cura oppure allo Stato di competenza in base alle tariffe dello Stato membro in cui la prestazione è erogata [artt. 25 e 26 del Regolamento (CE) n. 987/2009]. A seconda della legislazione vigente nello Stato di competenza, il rimborso potrà avvenire sulla base di un forfait o delle spese effettivamente sostenute (artt. 62 e 63 del Regolamento CE n. 987/2009).

Tali norme di diritto derivato, in quanto immediatamente applicabili nell'ordinamento italiano e come tali non bisognose di alcun recepimento, sono tutt'ora in vigore e, a fini meramente ricognitivi, sono state di recente richiamate dai commi 1 e 2 dell'art. 61 del d.p.c.m. 16 gennaio 2017 *recante definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza*. L'art. 61, co. 1 rammenta, infatti, che il SSN garantisce l'assistenza sanitaria in forma diretta agli assistiti residenti in Italia che si trovino in temporaneo soggiorno in uno Stato membro UE o EFTA o agli assistiti residenti in altro Stato membro UE o EFTA alle medesime condizioni previste per i cittadini di tale Stato. Analogamente, l'art. 61, co. 2 ricorda come il SSN garantisca agli assistiti residenti in Italia e agli assistiti residenti in altro Stato membro UE o EFTA, previa autorizzazione dell'ASL di residenza o dell'istituzione competente nell'ordinamento di residenza, l'erogazione in forma diretta delle prestazioni sanitarie incluse nei livelli essenziali di assistenza (LEA), qualora essi non possano essere erogati in Italia entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dello stato di salute del paziente e della probabile evoluzione della malattia.

Intorno alle disposizioni regolamentari UE richiamate nel nostro ordinamento dall'anzidetto d.p.c.m. si è sviluppata una copiosa giurisprudenza europea sin dalla fine degli anni '70 (casi *Pierik I e II*),⁵ con la quale la Corte di Giustizia ha interpretato in maniera estensiva alcune disposizioni dell'allora Regolamento CEE n. 1408/1971, da un lato riconoscendo che la nozione di lavoratore andasse letta come riferita a qualsiasi assicurato, eventualmente anche inattivo e, dall'altra, riconoscendo l'obbligo per lo Stato di competenza di concedere l'autorizzazione anche nel caso di eventuali prestazioni non rimborsate dal sistema sanitario nazionale presso il quale il lavoratore è assicurato. Dinanzi alla reazione di forte "chiusura" degli Stati membri – il Regolamento venne modificato in due occasioni già nel 1981 nel tentativo di riaffermare la competenza degli Stati su quali prestazioni annoverare fra quelle oggetto di rimborso – la CGUE ha sviluppato un secondo filone giurisprudenziale, basato sull'applicazione diretta delle norme dei Trattati che garantiscono la libertà di stabilimento. Gli spostamenti ai fini di erogazione di servizi medico-ospedalieri sono, infatti, stati inclusi dalla Corte nel novero dei servizi economicamente rilevanti di cui agli

⁵ CGUE, C-117/77 *Pierik*, e C-182/78, *Pierik II*.

artt. 56 e 57 TFUE (*ex artt. 49 e 50 TCE*) non solo in quanto forniti verso un corrispettivo⁶, ma anche a prescindere dalle modalità di retribuzione tipiche di ciascun sistema sanitario nazionale⁷. Benché l'art. 57 TFUE si riferisca esplicitamente alla libertà di spostamento del prestatore di servizi, nel caso *Lusi e Carbone* la Corte di Giustizia ha chiarito che il diritto del beneficiario del servizio di spostarsi e rivolgersi ad altro prestatore è il necessario complemento della libertà di prestazione di servizi e, come tale, richiede protezione⁸.

Su queste basi, a partire dai casi *Kobll e Decker*⁹, la Corte ha riconosciuto che i cittadini dell'Unione potessero beneficiare di cure mediche in un altro Stato membro ed essere rimborsati conformemente alle tariffe dello Stato membro in cui erano assicurati, anche quando non fossero in possesso di un'autorizzazione. Il requisito della previa autorizzazione, considerato indispensabile ai sensi della disciplina sul coordinamento dei servizi sociali, è stato così giudicato come una indebita restrizione alla libertà di stabilimento, dal momento che rendeva più gravose o comunque meno attrattive le prestazioni di operatori di servizi sanitari in Stati membri diversi da quelle rese nello Stato membro di competenza, determinando la violazione dell'art. 56 TFUE. Soltanto nel caso in cui esistessero ragioni preminenti, la restrizione a recarsi in altro Stato membro e al rimborso da parte del sistema sanitario di appartenenza avrebbe potuto considerarsi giustificata. Tra queste ragioni, la Corte individuava la grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale come motivo imperativo connesso all'interesse generale e la salvaguardia della sanità pubblica al fine di proteggere la qualità e accessibilità delle cure mediche (art. 52.1 in combinato con l'art. 62 TFUE). Mentre i motivi *puramente* economici non sarebbero stati legittimamente invocabili, l'obbligo di autorizzazione per motivi *anche* economici avrebbe potuto costituire una legittima causa di giustificazione, purché il procedimento autorizzatorio fosse necessario e idoneo al conseguimento dell'obiettivo – la tutela della sanità pubblica – nonché proporzionato rispetto al medesimo.

Avendo individuato la possibilità di introdurre deroghe al generale divieto di autorizzazione, la Corte è stata così frequentemente chiamata a esprimersi sull'idoneità e proporzionalità dell'obbligo di autorizzazione preventiva previsto dalle normative nazionali. Nel caso *Smits e Perbooms*, la Corte ha specificato che solo esigenze volte ad assicurare nel territorio dello Stato interessato la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure ospedaliere di qualità sia a garantire un controllo dei costi ed evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche ed umane avrebbero potuto giustificare la previa autorizzazione¹⁰.

⁶ CGUE, *Lusi e Carbone c. Ministero del Tesoro* C-286/82 e 26/83. Così anche CGUE, *Grogan*, C-159/90.

⁷ CGUE, *Smits e Perbooms*, C-157-99, *Watts*, C-372/04. Sui trattamenti sanitari come servizi economicamente rilevanti: F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, 2011, pp. 142-151.

⁸ CGUE, *Lusi e Carbone c. Ministero del Tesoro*, C-286-82 e C-26-83, §§ 10 e 16.

⁹ CGUE, *Decker e Kobll*, C-120/95 e C-158/96, §§ 34-35-§§ 35-36.

¹⁰ CGUE, *Smits and Peerbooms*, C-157/99, §§ 76-80.

Successivamente, nel caso *Stamatelaki*¹¹, la Corte ha ritenuto che il diniego di autorizzazione per cure mediche da prestarsi presso un ospedale privato in uno Stato membro diverso da quello di affiliazione non rispettasse il suddetto principio di proporzionalità, dal momento che lo Stato di competenza aveva a disposizione altre possibilità meno gravose per il paziente rispetto a quella di limitare la prestazione dei servizi, tra cui l'imposizione di un massimale all'importo rimborsabile. Per altro verso, nel caso *Müller-Fauret e Van Riet*, poi confermato nella decisione *Commissione c. Francia*¹², la Corte è partita dal presupposto che occorresse differenziare tra prestazioni ospedaliere (*intra moenia*) ed ambulatoriali (*extra moenia*), stabilendo che, ai fini della programmazione dell'offerta sanitaria, l'obbligo di autorizzazione per le cure ospedaliere ovvero per i trattamenti non ospedalieri che tuttavia richiedessero l'utilizzo di apparecchiature complesse o costose (ad es. la risonanza magnetica per imaging o la tomografia a emissione di positroni), per le quali sussistono specifiche esigenze di pianificazione, non fosse da considerarsi una restrizione contraria alla libertà di prestazione di servizi. Con riguardo alle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione, nel già menzionato *Smits and Peerbooms*, la Corte ha, inoltre, giudicato discriminatoria in quanto non indistintamente applicabile la restrizione introdotta nell'ordinamento olandese con la quale si subordinava il rimborso all'erogabilità anche sul territorio nazionale di certe cure sperimentali. La determinazione sulla rimborsabilità della cura non dovrebbe, infatti, effettuarsi sulla base del contesto normativo nazionale, ad esempio mettendo in dubbio la qualità dei servizi sanitari di altri Stati membri, bensì sulla base di quanto comprovato e consolidato nella «*scienza medica internazionale*»¹³.

Anche laddove l'obbligo di autorizzazione preventiva fosse di per sé considerato non contrario ai Trattati, la Corte ha poi chiarito che gli Stati membri avrebbero dovuto fissare alcuni criteri tali da limitare un esercizio arbitrario del potere: il procedimento avrebbe dovuto rispettare parametri oggettivi e noti in anticipo, la richiesta avrebbe dovuto essere evasa in un tempo ragionevole e in modo imparziale, il diniego avrebbe dovuto recare l'indicazione della base giuridica ed essere adeguatamente motivato; avverso il diniego il cittadino avrebbe dovuto poter proporre ricorso avente carattere giurisdizionale e non soltanto di natura gerarchico-amministrativa¹⁴.

Tra le altre cause che avrebbero potuto giustificare il diniego di autorizzazione v'era la tempestività del trattamento: soltanto se un trattamento identico o che presentasse lo stesso grado di efficacia per il paziente avesse potuto essere tempestivamente ottenuto nello Stato membro di competenza, l'autorizzazione a recarsi all'estero avrebbe potuto essere negata. A questo proposito, per verificare se il trattamento nello Stato di competenza po-

¹¹ CGUE, *Stamatelaki*, C-444/05, § 35.

¹² CGUE, *Müller-Fauret e Van Riet*, C-385/99, § 109; *Commissione c. Francia*, C-512/08.

¹³ CGUE, *Smits e Peerbooms*, C-157/99 § 108.

¹⁴ CGUE, *Smits e Peerbooms*, C-157/99 §§ 82 e 90; *Müller-Fauré e van Riet*, cit., § 85; *Watts*, C-372/04, §§ 114-116; *Elchinov*, C-173/09, § 44.

tesse dirsi tempestivo, grande attenzione è stata riservata dalla Corte alla condizione clinica individuale del paziente al momento della domanda (cfr. casi *Inizan e Elchinov*)¹⁵. Un ritardo nell'erogazione delle cure dovuto meramente a esigenze economico-finanziarie ovvero alla presenza di liste d'attesa considerate ragionevoli dalle autorità nazionali per esigenze di programmazione del sistema dell'offerta sanitaria non è invece stato ritenuto un motivo valido per giustificare il diniego (caso *Müller-Fauré e van Riet*)¹⁶. Le liste di attesa avrebbero potuto essere considerate un motivo valido soltanto se non avessero ecceduto un "tempo accettabile" tenuto conto della «*valutazione medica oggettiva sulla situazione clinica del paziente, della sua anamnesi, dell'eventuale decorso della sua malattia, dell'intensità del suo dolore e/o della natura della sua infermità*» (caso *Watts*)¹⁷.

Più di recente, nel caso *Petru*¹⁸, la Corte ha precisato che l'impossibilità di ottenere in tempi utili il trattamento sanitario può essere dovuto non solo alla situazione clinica del paziente, ma anche a carenze materiali e tecniche delle strutture sanitarie nazionali. A differenza di quanto sostenuto dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, non è possibile distinguere tra carenze contingenti, per le quali il ricorso al trattamento fuori dai confini sarebbe garantito e carenze sistemiche, per le quali il trattamento all'estero andrebbe, invece, negato. Così facendo, gli Stati membri sarebbero infatti legittimati a restringere la libertà di prestazione dei servizi. Al giudice nazionale toccherà semmai valutare se non esistano altre possibilità di ottenere il medesimo trattamento presso altre strutture sanitarie del medesimo Stato di affiliazione. In altre parole, come del resto stabilito già nel precedente caso *Smits e Peerbooms*¹⁹, l'impossibilità di ottenere la cura in tempi ragionevoli va valutata sulla base alla disponibilità del complesso degli istituti ospedalieri dello Stato di appartenenza. In questo modo, la Corte, da un lato, ha tutelato il diritto alla salute del paziente, annoverando anche le carenze strutturali tra le cause che non possono giustificare il divieto di autorizzazione a recarsi all'estero, ma, dall'altro, ha offerto anche una agevole via di uscita agli Stati membri, ritenendo legittimo un diniego di autorizzazione qualora il paziente fosse in grado di ottenere le cure presso altra struttura sanitaria del Paese. Il rischio, tuttavia, è che procedimenti amministrativi molto lenti per individuare remote strutture ai margini dello Stato di affiliazione possano impedire l'erogazione di trattamenti di qualità all'estero in tempi rapidi, compromettendo la mobilità sanitaria. Non è comunque da trascurare il fatto che la Corte possa in futuro incidere indirettamente sull'autonomia organizzativa dei sistemi sanitari (che in molti Stati membri UE sono strutturati su base locale

¹⁵ CGUE, *Inizan*, C-56/01, § 60; *Elchinov*, C-173/09, § 73.

¹⁶ CGUE, *Müller-Fauré e Van Riet*, C-385/99, § 92.

¹⁷ CGUE, *Watts*, C-372/04, § 123.

¹⁸ CGUE, *Petru*, C-268/13, § 36 sulla quale si vedano: L. BUSATTA, *Nota alla sentenza n DPCE online*, 1/2015; M. FRISCHHUT E R. LEVAGGI, *Patient Mobility in the Context of Austerity and an Enlarged EU*, M. CAPPELLETTI, *La mobilità sanitaria in Europa: tra casi giurisprudenziali e previsioni normative. Il recente caso Petru della Corte di Giustizia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2015, pp. 175 ss.

¹⁹ CGUE, *Smits and Peerbooms*, C-157/99, §§ 103.

o regionale), richiedendo un maggiore sforzo di coordinamento tra le strutture sanitarie e così promuovendo quantomeno una migliore mobilità sanitaria infra-statale²⁰.

Con riferimento alla disciplina del rimborso, occorre sottolineare come l'operatività parallela delle norme del Regolamento e della giurisprudenza della Corte abbia richiesto un significativo sforzo interpretativo. Fatta eccezione per i trattamenti *extra moenia*, per i quali è venuto meno l'obbligo di autorizzazione preventiva, per i trattamenti *intra moenia* le condizioni di cui è possibile godere sulla base dei Trattati sembrerebbero meno vantaggiose di quelle offerte dal Regolamento. Mentre un'interpretazione conforme all'art. 56 TFUE consente di ottenere il rimborso delle spese mediche alle condizioni e alle tariffe dello Stato di affiliazione, l'art. 36 del Regolamento CE n. 883/2004 in combinato con l'art. 62 del Regolamento CE n. 987/2009 garantirebbero la loro piena copertura, imponendo l'applicazione delle modalità di rimborso dello Stato di soggiorno o cura. In quest'ultimo caso, peraltro, il paziente che ha ottenuto l'autorizzazione usufruirà di un'assistenza diretta e non sarà tenuto a pagare il costo della prestazione, che gli dovrà essere anticipata direttamente dallo Stato di affiliazione, sicché l'importo effettivo dei costi delle prestazioni in natura è rimborsato dall'istituzione competente all'istituzione che le ha erogate.

Secondo la giurisprudenza CGUE, nel caso in cui l'applicazione delle tariffe dello Stato di assistenza porti a riconoscere un rimborso inferiore a quello di cui si avrebbe diritto nello Stato di affiliazione, quest'ultimo sarà persino tenuto a farsi carico della differenza, pena una violazione delle norme sulla libera prestazione di servizi (caso *Vanbraekel*)²¹. La Corte ha, tuttavia, successivamente precisato che tale obbligo di compensazione non si applichi nel caso di cure non programmate ai sensi dell'art. 19 del Regolamento CE n. 883/2004, dal momento che l'obiettivo del sistema è evitare effetti restrittivi sulla libera prestazione di servizi, mentre il malato in questione si trova a dimorare in uno Stato diverso da quello di affiliazione e l'unica preoccupazione dev'essere quindi quella di riconoscergli il diritto che altrimenti non avrebbe di accesso alle cure ospedaliere nello Stato membro di soggiorno a condizioni tanto favorevoli quanto quelle di cui beneficiano gli iscritti soggetti alla normativa di tale Stato (caso *Commissione c. Spagna*)²².

Nel successivo caso *Watts*²³, la Corte ha ulteriormente chiarito che non esiste un obbligo di coprire in ogni circostanza l'integralità della differenza tra il costo del trattamento erogato e quello equivalente disponibile nello Stato di affiliazione. Esso esiste soltanto laddove non vi sia una copertura integrale dei costi nello Stato di soggiorno, venendo così il pa-

²⁰ Ad insistere molto sugli effetti di questa pronuncia per l'organizzazione interna dei sistemi sanitari è: A. PATANÈ, *La "tutela della salute" dei cittadini dell'Unione europea nelle prestazioni sanitarie transfrontaliere*, in: A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, pp. 579 e ss.

²¹ CGUE, *Vanbraekel*, C-368/98, § 53. Allo stesso tempo, in questa sentenza la Corte ha affermato che, in caso di diniego di autorizzazione che si riveli poi infondato, lo Stato di competenza sarà tenuto al rimborso dell'importo pari a quello che sarebbe stato previsto nel caso in cui l'autorizzazione fosse stata concessa.

²² CGUE, *Commissione c. Spagna*, C-211/08, §§ 60 e ss.

²³ CGUE, *Watts*, C-372/04, §§ 132-133 e 143.

ziente a trovarsi in una condizione peggiore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato se si fosse rivolto a una struttura dello Stato di affiliazione; l'obbligo non esiste, invece, per il caso inverso, ossia quando il costo della prestazione nello Stato in cui essa è erogata è superiore al costo nello Stato di affiliazione, beneficiando il paziente altrimenti di un livello di copertura superiore di quella di cui avrebbe diritto nello Stato di competenza. Infine, la Corte ha utilizzato le norme primarie del diritto UE per riconoscere il rimborso delle spese accessorie al di là di quanto previsto dal Regolamento. Sempre nel caso *Watts*, infatti, i giudici della CGUE hanno stabilito che violi l'art. 56 TFUE una normativa nazionale che escluda le coperture delle spese accessorie (trasferimento, vitto, alloggio ecc.) quando la loro rimborsabilità sia, invece, prevista dalla legislazione nazionale per le prestazioni rese all'interno dei confini dello Stato di affiliazione²⁴.

Nel complesso, nonostante la sua natura fortemente magmatica, l'"attivismo giudiziario" della Corte di Giustizia UE²⁵ ha contribuito alla progressiva affermazione di un diritto degli assicurati alla scelta del luogo e della struttura di cura, riducendo la discrezionalità dei legislatori e delle amministrazioni nazionali nella definizione di condizioni e limiti alla mobilità sanitaria e così di fatto armonizzando, seppur in misura minima, le modalità di erogazione delle prestazioni nei sistemi sanitari nazionali. D'altro canto, la Corte ha lasciato sulle spalle dei pazienti l'onere di informarsi e, in caso di obbligo di autorizzazione previsto dalla normativa nazionale, anche di anticipare le spese relative alle prestazioni sanitarie da ottenere all'estero. L'innovatività di questo magma normativo-giurisprudenziale è di particolare rilevanza per il nostro ordinamento nel quale è possibile apprezzarne gli effetti positivi per i pazienti iscritti al SSN a partire da una comparazione per differenza con il regime previsto per l'assistenza sanitaria transfrontaliera in un contesto extra-europeo.

2.2. Il "secondo binario": l'accesso alle cure mediche in uno Stato extra-UE

Con il passaggio a un sistema sanitario di tipo universalistico finanziato attraverso la fiscalità generale, il legislatore italiano si è posto il problema di come garantire i livelli delle prestazioni sanitarie anche a quei cittadini italiani che vivessero all'estero e ha così in parte sovrapposto alla disciplina europea una disciplina nazionale generale della mobilità sanitaria transfrontaliera. Tale disciplina italiana, di cui si dirà appresso, richiederà quindi di essere costantemente coordinata con quella europea, nella misura in cui essa si applichi a trattamenti sanitari cui si sottopongono iscritti al SSN in un altro Stato membro UE o EFTA. Viceversa, si applicherà a prescindere dal diritto UE qualora venga in rilievo per cure mediche prestate in Stati extra-UE.

²⁴ CGUE, *Watts*, C-372/04, §§ 138-149.

²⁵ Ha parlato di forte "attivismo giudiziario" da parte della Corte: V. HATZOPOULOS, *Actively Talking to Each Other: the Court and the Political Institutions*, in: B. DE WITTE, E. MUIR, M. DAWSON (a cura di), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, 2013, pp. 135-136.

Andando con ordine, l'art. 37 della legge n. 833/1978 *concernente delega al Governo per la disciplina dell'assistenza sanitaria ai cittadini italiani all'estero* ha stabilito che l'assistenza sanitaria per gli italiani all'estero avrebbe dovuto costituire oggetto di una disciplina specifica rispetto a quella che regolava l'assistenza a favore di coloro che si trovassero nel territorio dello Stato, dal momento che, come ha ben sintetizzato la Corte costituzionale nella sentenza n. 309/1999, il servizio sanitario «*incontra (...) i limiti territoriali propri dello Stato*» e, pertanto, può essere assicurato o da specifiche strutture pubbliche organizzate a questo scopo oppure da strutture sanitarie straniere con le quali le pubbliche amministrazioni abbiano stipulato convenzioni. La costruzione di un sistema sanitario di questo tipo richiedeva, tuttavia, l'allocatione di risorse molto cospicue, che avrebbero potuto gravare eccessivamente sulle finanze pubbliche della Repubblica e ostacolare la razionalizzazione della spesa sanitaria. Per questa ragione si rendeva necessaria una disciplina che circoscrivesse l'esigibilità delle prestazioni, oltreché l'entità e la modalità della loro erogazione, sulla base di criteri non irragionevoli, capaci di bilanciare la garanzia del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. con le anzidette esigenze di tutela degli interessi erariali.

Il decreto legislativo 31 luglio 1980, n. 618 e sue successivi modifiche ha, quindi, inizialmente previsto che l'assistenza sanitaria dovesse essere garantita a tutti i cittadini italiani, *rectius* ai cittadini iscritti al Servizio sanitario nazionale (art. 1, co. 9 del decreto-legge n. 382/1989) che svolgessero attività lavorative o fruissero di borse di studio presso soggetti pubblici o privati all'estero. Nello specifico, il d.lgs. si preoccupava di stabilire quali fossero le forme dell'assistenza sanitaria internazionale per i cittadini italiani, distinguendo tra erogazione in via diretta da parte dello Stato italiano, sulla base di convenzioni da stipularsi con enti, istituti o medici privati esteri che assicurassero i medesimi livelli di prestazione garantiti dal piano sanitario nazionale, ovvero in forma indiretta, mediante il rimborso delle spese sostenute dall'assistito all'estero, nei casi in cui non fosse stato possibile stipulare convenzioni ovvero queste fossero cessate o sospese o non garantissero prestazioni analoghe a quelle spettanti nello Stato membro di affiliazione, o ancora nei casi di urgenza o di necessità, quando l'assistito non avesse potuto far ricorso alle istituzioni o ai sanitari convenzionati²⁶.

Cinque anni più tardi, anche ai cittadini italiani residenti in Italia fu eccezionalmente riconosciuto il diritto, da esercitare previa autorizzazione, di fruire di prestazioni sanitarie presso centri di altissima specializzazione all'estero, qualora esse non fossero ottenibili

²⁶ Per quanto riguarda il Trentino Alto-Adige l'art. 7 d.P.R. 26 gennaio 1980, n. 197 ha stabilito che «*per assicurare una completa assistenza sanitaria ai cittadini nei rispetto delle rispettive caratteristiche etnico-linguistiche, la Provincia autonoma di Bolzano individua nel piano sanitario provinciale i servizi sanitari ospedalieri ed extra ospedalieri che, non potendo essere assicurati dal servizio sanitario locale, possono essere espletati, in base ad apposite convenzioni stipulate dalla Provincia con i competenti organi austriaci, da cliniche universitarie e ospedali pubblici austriaci in ragione delle loro specifiche finalità e delle caratteristiche tecniche e specialistiche. Con la legge provinciale prevista dall'art. 25, ultimo comma, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, vengono anche disciplinati i casi in cui è ammessa l'assistenza presso le strutture sanitarie di cui al comma precedente*».

tempestivamente o in forma adeguata nel nostro Paese (art. 3, co. 5 della legge 23 ottobre 1985, n. 595 – *Norme per la programmazione sanitaria e per il piano sanitario triennale 1986-1988*). In base all'art. 7 della medesima legge, prestazioni aggiuntive di assistenza sanitaria avrebbero potuto essere deliberate dalle Regioni o dalle Province autonome. I criteri per la fruizione di tali prestazioni sono stati definiti con successivo decreto del Ministero della Salute, intervenuto in data 3 novembre 1989. Con altro decreto ministeriale 24 gennaio 1990 il Ministero della Salute ha poi definito le classi di patologia e le relative prestazioni erogabili presso centri di altissima specializzazione.

Il primo decreto ministeriale ha individuato i diversi soggetti istituzionali (Regioni o Province autonome, ASL, Centri di Riferimento e Commissione Centrale istituita presso il Ministero della Sanità) incaricati delle procedure autorizzative e del rimborso delle spese sanitarie. In particolare, a pena di decadenza del diritto al rimborso, le domande debbono essere presentate all'ASL competente entro tre mesi dall'effettuazione della relativa spesa; le ASL trasmetteranno la domanda e la documentazione al Centro regionale di riferimento territorialmente competente ad autorizzare le prestazioni all'estero (CRR). I CRR, costituiti da personale medico altamente qualificato e dotati di discrezionalità tecnica, dovranno concedere l'autorizzazione al trasferimento all'estero per cure quando si tratti di *«prestazioni di diagnosi, di cura e di riabilitazione che richiedono specifiche professionalità del personale, non comuni procedure tecniche o curative o attrezzature ad elevata tecnologia e che non sono ottenibili tempestivamente o adeguatamente presso i presidi ed i servizi di alta specialità italiani, nonché, limitatamente alle prestazioni che non rientrano tra quelle di competenza dei predetti presidi e servizi di alta specialità, presso gli altri presidi e servizi pubblici o convenzionati con il Servizio sanitario nazionale»* (art. 2.1 d.m. 3 novembre 1989). L'adeguatezza o la tempestività nell'erogazione delle prestazioni nello Stato di affiliazione sono i due requisiti fissati dalla legge e ribaditi dalla disciplina secondaria, la sussistenza di almeno uno dei quali impedisce ai CRR di concedere l'autorizzazione a recarsi all'estero. Il d.m. precisa, a questo proposito, che per prestazione non ottenibile tempestivamente va intesa quella prestazione per la quale le strutture sanitarie *«richiedono un tempo d'attesa incompatibile con l'esigenza di assicurare con immediatezza la prestazione stessa, ossia quando il periodo di attesa comprometterebbe gravemente lo stato di salute dell'assistito ovvero precluderebbe la possibilità dell'intervento o delle cure»* (art. 2.3 d.m. 3 novembre 1989). Nondimeno, il CRR potrà autorizzare il trasferimento per cure all'estero in deroga a tali limiti temporali nel caso di "gravi e particolari situazioni cliniche", anche se al medesimo CRR, in tali situazioni, viene chiesto di motivare il *«prevalere del giudizio clinico sui limiti temporali di riferimento»* (art. 2 d.m. 24 gennaio 1990).

Per prestazione inadeguata alla particolarità del caso clinico si intende, invece, quella *«che richiede specifiche professionalità ovvero procedure tecniche o curative non praticate ovvero attrezzature non presenti nelle strutture italiane pubbliche o convenzionate con il Servizio sanitario nazionale»* (art. 2.4 d.m. 3 novembre 1989). Tale comma è stato di recente modificato dall'art. 61.5 d.p.c.m. 12 gennaio 2017, il quale ha precisato che per "prestazioni non ottenibili in forma adeguata alla particolarità del caso clinico" si devono intendere le prestazioni garantite ai propri assistiti dallo Stato estero, che, oltre a richie-

dere specifiche professionalità ovvero procedure tecniche o curative non praticate in Italia, siano anche «ritenute, in base alla letteratura scientifica internazionale, di efficacia superiore alle procedure tecniche o curative praticate in Italia ovvero realizzate mediante attrezzature più idonee di quelle presenti nelle strutture italiane pubbliche o accreditate dal servizio sanitario nazionale». In tal modo, è stato introdotto un ulteriore parametro, sulla base del quale vincolare l'autorizzazione alle cure all'estero ed evitare il ricorso a trattamenti sanitari di dubbia scientificità. Tuttavia, se in passato la semplice aspettativa di miglioramento dello stato di salute, anche temporaneo, giustificava il ricorso alle cure mediche all'estero, benché non necessariamente comportanti la guarigione del paziente²⁷, ora il riferimento all'efficacia superiore della procedura, da valutarsi sulla base della letteratura scientifica internazionale, potrebbe comportare il divieto di accesso alle cure che non garantiscano la certezza e neanche la probabilità del regresso della malattia. In realtà, il concetto di "efficacia superiore della procedura" va posto in relazione con il "beneficio in termini di salute, a livello individuale e collettivo a fronte delle risorse impiegate" (art. 1, co. 7, d.lgs. n. 502/1992)²⁸, sicché non si deve necessariamente interpretare la novella regolamentare come un tentativo di circoscrivere l'accesso alle cure all'estero qualora esse non prospettino una sicura o probabile guarigione, atteso che non compete al Centro di riferimento un sindacato in via autonoma sull'efficacia della terapia prescelta dal medico curante²⁹, dovendo esso limitarsi a negare l'autorizzazione di cure in mancanza di evidenza scientifica, una prassi che di recente sembra aver preso piede potenzialmente con gravi effetti per la salute dei pazienti³⁰.

Qualora non fosse possibile autorizzare le prestazioni presso il centro estero prescelto, il CRR potrà autorizzare, se richiesta, le medesime prestazioni presso un diverso centro estero, fornendone adeguata motivazione e preoccupandosi di indicarle e di prendere contatto con esso.³¹ Il sindacato del CRR sulle strutture estere dovrà vertere sul loro riconoscimento da parte del sistema del sanitario del Paese in cui opera come «idonee ad erogare prestazioni agli assistiti con oneri a carico del sistema sanitario nazionale, di altissima specializzazione» e sulla circostanza che esse posseggano «caratteristiche superiori agli standards, criteri e definizioni propri dell'ordinamento italiano» (art. art. 5, co. 1 d.m. 3 novembre 1989).

²⁷ In proposito: Consiglio di Stato, Sez. V., 17 luglio 2004, n. 5132, cit. in: M. ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006, pp. 29-30 ss. In adesione a questa giurisprudenza di recente: Trib. Perugia, Sez. Lav., 7 marzo 2013, n. 131.

²⁸ Cass. Sez. I sent. 18 giugno 2012 n. 9969. Del resto, il beneficio non può essere un mero "placebo". Così Corte Appello Perugia, Sez. Lav., 9 dicembre 2011, n. 433.

²⁹ Così C.d.S., sez. V, sent. n. 35/2006; in senso analogo, precedentemente: C.d.S., sez. V, sent. n. 5132/2004; C.d.S., sez. V, sent. n. 5192/2002.

³⁰ Si veda ad es. di recente: Tribunale di Roma, sent. 29 ottobre 2012, che ha ritenuto fosse autorizzabile un trattamento sanitario all'estero anche in assenza di evidenza scientifica stante il miglioramento delle condizioni di salute del paziente.

³¹ Cass. n. 16535/2003 e C.d.S. sez. V, n. 309/2004.

Infine, ai sensi dell'art. 7, co. 2 del d.m. 3 novembre 1989, il paziente potrà prescindere dalla preventiva autorizzazione per le prestazioni di comprovata eccezionale gravità ed urgenza, ivi comprese quelle usufruite dai cittadini che si trovino già all'estero. In tali casi, il Centro di riferimento valuterà la sussistenza dei presupposti e le condizioni sulla rimborsabilità delle spese. A questo proposito, la giurisprudenza ha messo in luce l'autonomia di questa disposizione rispetto a quella inerente la previa autorizzazione, sicché non sussiste incompatibilità tra un eventuale diniego di autorizzazione ed il successivo rimborso di spese per prestazioni fruite in condizioni di necessità e urgenza, trattandosi nell'un caso di una valutazione *ex ante* sulla adeguatezza e tempestività delle cure e nel secondo caso di una valutazione *ex post* sulle ragioni di urgenza³². Le patologie acute, impreviste e imprevedibili andranno, tuttavia, di regola affrontate sempre dalle strutture sanitarie operanti sul territorio nazionale³³.

Con il già citato d.m. 24 gennaio 1990, modificato dal successivo d.m. 30 agosto 1991, il Ministero della Sanità ha poi identificato le classi di patologia, l'elenco delle corrispondenti prestazioni erogabili in regime di altissima specializzazione all'estero e i relativi tempi di attesa massima o per le quali non sia necessaria attesa.³⁴ Come si è premurato di precisare di recente l'art. 61.4 del d.p.c.m. 12 gennaio 2017 le prestazioni erogabili in tale regime sono in ogni caso tutte quelle «rientranti nelle aree di attività di cui ai livelli essenziali di assistenza». Il d.m. 3 novembre 1989 ha, invece, fissato la misura del concorso nelle spese, stabilita nel massimo dell'80% sia per quelle di trasporto, sia per quelle di natura strettamente sanitaria e nel massimo del 40% per quelle rese da liberi professionisti, ivi comprendendovi le spese di viaggio estese anche ad un eventuale accompagnatore (familiare) della persona assistita. Le Regioni e le Province autonome, con propria deliberazione, possono disporre deroghe alle disposizioni e ai criteri di cui sopra, qualora le spese che restano a carico dell'assistito siano particolarmente elevate, in relazione anche al reddito complessivo del nucleo familiare dell'assistito stesso. Tra le spese sanitarie rimborsabili rientrano quindi le spese sostenute per onorari professionali, degenza, diagnostica strumentale e di laboratorio, farmaci, protesi ed endoprotesi, con esclusione, in caso di ricovero ospedaliero, di quelle di comfort alberghiero non comprese nella retta di degenza.

³² Cons. St., sez. V, 24 febbraio 1996.

³³ Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 7 febbraio 2000, n. 669. Così più di recente ancora: C.G.A.R.S., Sez. Giur., sent. 15 ottobre 2009, n. 968. Si veda anche la circolare della Regione Piemonte del 9 ottobre 2002, così come citata ad es. in Trib. Ivrea, Sez. Lav., 4 aprile 2006.

³⁴ Come notato da F. CEMBRANI, *L'assistenza sanitaria dei cittadini italiani all'estero ed il diritto alla salute: diritto soggettivo incoercibile o diritto modulato da esigenze di bilancio della finanza pubblica?*, in: Ragiusan (2005), pp. 251-252, 461: «Il relativo elenco è (...) circoscritto ad una tipologia definita di situazioni patologiche e di prestazioni (di diagnosi e cura) che (...) suscitano ampie perplessità (...) dimenticando che, nel campo medico, gli elenchi sono poco stabili e coerenti e che ciò che è oggi straordinario può diventare, domani, del tutto ordinario: in tale elenco risultano comprese situazioni che, ora come allora, possono definirsi di altissima specializzazione (si pensi, ad esempio, al trattamento chirurgico dell'epilessia circoscritto a pochi centri in tutta Europa) ma anche esami diagnostici, come ad esempio la tomografia assiale computerizzata (TAC), che, se erano straordinari all'epoca, oggi certamente non lo sono».

A tal proposito, l'art. 11, co. 1 della legge n. 104/1992 ha chiarito che, ove nel centro di altissima specializzazione estero non sia previsto il ricovero ospedaliero per tutta la durata degli interventi autorizzati, il soggiorno dell'assistito e del suo accompagnatore in alberghi o strutture collegate con il centro è equiparato a tutti gli effetti alla degenza ospedaliera. Il quadro normativo qui delineato è stato ulteriormente arricchito da numerosi interventi della Corte costituzionale volti da un lato ad ampliare la platea di pazienti aventi diritto all'assistenza sanitaria all'estero seguendo i canoni di razionalità e ragionevolezza, sia a circoscrivere il ricorso alle cure mediche transfrontaliere laddove esse dovessero costituire un impegno finanziario troppo gravoso per lo Stato e non fosse in gioco il nucleo essenziale del diritto alla salute.

Al filone giurisprudenziale che ha esteso la garanzia dell'assistenza sanitaria a carico dello Stato italiano va ascritta, innanzitutto, la sentenza n. 40/1989 (red. Mengoni), con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato fondata la q.l.c. sollevata dal pretore di Parma, il quale dubitava della costituzionalità del decreto legislativo n. 618/1980 per eccesso di delega, ossia nella parte in cui escludeva dall'assistenza sanitaria a carico dello Stato quei cittadini italiani che svolgessero attività lavorativa all'estero e godessero già di prestazioni fornite dal datore di lavoro, che non fossero di livello palesemente inferiore a quello delle prestazioni erogate dal SSN. La legge delega, al contrario, si limitava a esonerare lo Stato italiano dall'obbligo di assistenza sanitaria nei confronti di quei cittadini italiani che lavorano all'estero soltanto se un'assistenza quantitativamente e qualitativamente analoga fosse loro garantita dai servizi sanitari dello Stato ospitante, a nulla rilevando l'eventuale iniziativa del datore di lavoro per l'allestimento di presidi sanitari.

Dieci anni più tardi, con la sentenza n. 309/1999 (red. Mezzanotte) la Corte è intervenuta in maniera ancora più significativa dal punto di vista della garanzia del diritto alla salute, dichiarando l'illegittimità costituzionale della legge delega n. 833/1978 e del decreto legislativo n. 618/1980 «*nella parte in cui non prevedono alcuna forma di assistenza sanitaria a favore dei cittadini italiani all'estero per motivi diversi dal lavoro o dalla fruizione di borse di studio*». In tal modo, risultava, infatti, compromesso il nucleo irriducibile del diritto alla salute, al quale «*appartiene il diritto dei cittadini in disagiate condizioni economiche, o indigenti secondo la terminologia dell'art. 32 Cost., a che siano loro assicurate cure gratuite*». In questo senso, la Corte costituzionale individuava nella lesione di un diritto fondamentale il difetto della disciplina legislativa, analogamente a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia UE, la quale, negli stessi anni, era intervenuta per stabilire un ampliamento dell'ambito di applicazione soggettiva dell'allora Regolamento CEE n. 1408/1971, estendendolo anche ai non lavoratori³⁵. Tale espansione dei diritti dei pazienti attraverso

³⁵ Corte costituzionale, sent. n. 309/1999, in *Giur. Cost.*, 3 (1999), pp. 2500 e ss. Con nota di: L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*, in *Giur. Cost.*, 3 (1999), pp. 2508 ss. e G. TURATTO, *Cittadini italiani in soggiorno temporaneo all'estero e protezione del diritto alla salute*, in *Riv. Giur. lav.*, 1999, pp. 755 ss.

una sentenza additiva di principio conteneva, tuttavia, una serie di *caveat*. La Corte si premurava, infatti, di ricordare come la naturale vocazione espansiva della disciplina legislativa *de qua* non fosse, tuttavia, d'ostacolo alla definizione dei «*presupposti soggettivi, delle condizioni oggettive, dei modi, delle procedure e delle forme nelle quali il diritto degli indigenti deve realizzarsi*». Spettava cioè al legislatore stabilire che cosa si dovesse intendere per "indigente" ai fini dell'assistenza sanitaria all'estero, eventualmente chiarendo quali fossero le patologie per le quali l'indigente avrebbe potuto ottenere cure gratuite fuori dai confini italiani e, se del caso, quando avrebbe dovuto far rientro in Italia. Secondo la Corte, infatti, «*il valore espresso dall'articolo 32 Cost, nel suo puntualizzarsi in un diritto fondamentale del cittadino, può assumere accentuazioni diverse e graduate che dipendono anche dalla gravità della patologia e dall'entità dei rischi connessi al differimento della terapia*». La gravità della patologia e l'entità dei rischi, oltre ad essere criteri individuati dalla stessa disciplina italiana sulla mobilità sanitaria transfrontaliera, erano correntemente utilizzati anche dalla CGUE per stabilire se la richiesta di autorizzazione o la domanda di rimborso dovesse o meno essere accettata, sicché la lettura costituzionalmente conforme del decreto legislativo data dalla "sentenza Mezzanotte" sembrava porsi in sintonia anche con la prevalente interpretazione del diritto UE.

Sicché, la giurisprudenza di merito e di legittimità successiva (*inter alia*: Corte di Cassazione, 17 maggio 2007, n. 11462; Cass. S.U. 28 giugno 2006, n. 14848, Cass. S.U. 30 maggio 2005, n. 11334) dedusse dalla "sentenza Mezzanotte" l'affermazione di un principio generale in base al quale ogniqualevolta il cittadino italiano si trovasse all'estero, quali che fossero le ragioni che l'avessero condotto all'espatrio, avrebbe avuto diritto di ottenere che le prestazioni sanitarie, purché erogate in centri di altissima specializzazione, fossero sostenute dal SSN, se v'era il rischio di una lesione del nucleo irriducibile del diritto alla salute. Entro tale fattispecie sembrava dover rientrare, quindi, anche il caso di quei pazienti che avessero chiesto il rimborso delle spese, senza essere stati previamente autorizzati dalle autorità italiane, laddove si fossero trovati in condizioni di gravità e urgenza non altrimenti sopperibili, a prescindere dalla propria condizione reddituale, atteso che, come chiarito dalla stessa sent. 309/1999, «*la titolarità delle provvidenze non viene subordinata ad alcun parametro di reddito*» (Punto n. 4 del *Considerato in Diritto*)³⁶.

Tale principio generale, che avrebbe determinato una progressiva equiparazione delle condizioni per l'accesso alle cure all'estero tra Stati UE e Stati extra-UE, è stato, invece, smentito dalla sentenza n. 354/2008 (red. Amirante)³⁷, con la quale la Corte costituzio-

³⁶ A. ROVAGNATI, *Sanità – Capitolo XXVI*, in: V. ONIDA e B. RANDAZZO (a cura di), *Viva Vox Constitutionis: temi e tendenze della giurisprudenza costituzionale dell'anno 2008*, Milano, 2009, pp. 562-563; E. VINCENTI, *Art. 32*, in: G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del Lavoro. La Costituzione. Il Codice civile e le leggi speciali*, Vol. I, Milano, pp. 129-130.

³⁷ Sulla quale vedasi: L. PRINCIPATO, *Il contenuto minimo e la tutela cautelare del diritto alle cure mediche in rapporto alle condizioni economiche del malato ed alle esigenze di bilancio dello Stato*, in *Giur. Cost.*, 5 (2008), pp. 3915 ss.

nale ha dichiarato infondata la q.l.c. dell'art. 3, comma 5, della legge 23 ottobre 1985, n. 595, sollevata dalla Corte di Cassazione «*nella parte in cui non è applicabile alle ipotesi di prestazioni sanitarie ottenute presso strutture estere diverse dai centri di altissima specializzazione nei casi in cui tali prestazioni siano l'unica possibilità per evitare un danno grave e irreversibile alla salute*». Il caso riguardava una cittadina italiana che aveva chiesto il rimborso delle spese sanitarie sostenute in una struttura sanitaria messicana, dove, a causa di un edema polmonare acuto, le era stata praticata la tracheotomia. Sulla base della disciplina di cui alla legge n. 595/1985 e al relativo decreto ministeriale, le prestazioni non avrebbe dovuto essere soggette a rimborso per un doppio ordine di ragioni, ossia perché non erano state erogate in centri di altissima specializzazione riconosciuti in Italia e atteso che la paziente si trovava per turismo all'estero e non aveva usufruito delle cure sulla base della condizione che esse non fossero erogabili in tempo utile o in maniera adeguata in Italia. A questo proposito, si è visto, tuttavia, come il d.m. 3 novembre 1989 disponga all'art. 7, co. 2 che si possa prescindere dalla preventiva autorizzazione – ai fini del rimborso – in presenza di prestazioni di comprovata eccezionale gravità ed urgenza, ivi comprese quelle usufruite dai cittadini che già si trovino all'estero, quale che sia la ragione che li abbia condotti al di fuori dei confini nazionali.

Proprio in tema di obbligo di autorizzazione preventiva, la Corte costituzionale, con sentenza n. 267/1998, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 32 Cost. della legge 23 aprile 1990, n. 37 della Regione Piemonte, nella parte in cui essa escludeva, senza giustificazione, in modo assoluto ed indifferenziato, ogni ristoro delle spese in tutti i casi nei quali l'assistito non avesse preventivamente chiesto l'autorizzazione per accedere all'assistenza indiretta, venendo in tal modo escluse le prestazioni erogate sul presupposto dell'urgenza e della gravità non altrimenti sopperibili. Sotto il profilo della struttura sanitaria ospitante la Corte, come argomentato nell'ordinanza n. 78/1996³⁸ e nella sentenza n. 304/1994³⁹, aveva, invece, già chiarito che l'assistenza sanitaria indiretta del cittadino italiano residente in Italia che si rechi all'estero non poteva essere estesa al di là del presupposto che si trattasse di prestazioni ottenibili presso centri di altissima specializzazione, dal momento che ciò avrebbe imposto «*di definire condizioni, limiti e modalità di una ipotesi nuova di assistenza indiretta da dispensare all'estero, aspetti rispetto ai quali non è possibile individuare un'unica soluzione, ma che dovrebbero formare*

³⁸ Corte costituzionale, ord. n. 78/1996.

³⁹ Corte costituzionale, sent. n. 304/1994, punto n. 6 del Considerato in Diritto, in base a cui «*non può riconoscersi alcun fondamento alla asserita irragionevole disparità di trattamento che il giudice a quo individua fra l'art. 7 della legge n. 104 del 1992, nella parte in cui limita gli interventi riabilitativi alle prestazioni erogate dal servizio sanitario nazionale tramite le strutture proprie o convenzionate, e l'art. 11 della stessa legge, che, come si è già ricordato, garantisce alle persone disabili cure di altissima specializzazione presso strutture esterne al servizio stesso. Le due situazioni poste a confronto, infatti, non sono omogenee e non possono, quindi, essere utilmente comparate, dal momento che gli interessi sottostanti alle prestazioni aventi carattere di continuità e prolungate nel tempo sono sostanzialmente diversi da quelli connessi alle prestazioni non ottenibili nel nostro Paese tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico.*

oggetto di scelte affidate alla discrezionalità del legislatore ed eventualmente dell'autorità amministrativa».

Con la sentenza n. 354/2008, la Corte stabilisce un principio alquanto restrittivo circa il diritto del paziente al rimborso⁴⁰, in ordine al quale *«non può essere affermato in modo assoluto [... che], in caso di gravità della malattia e di urgenza dell'intervento terapeutico, il costo di quest'ultimo deve essere rimborsato pure a coloro che non si trovino in una condizione di indigenza anche in senso relativo».* La portata della “sentenza Mezzanotte” viene quindi notevolmente ridimensionata, nel senso che da essa non si può ricavare un'equiparazione dei motivi di soggiorno all'estero ai fini dell'assistenza sanitaria, ma soltanto il principio per cui i motivi di indigenza non possono pregiudicare l'erogazione di cure fuori dai confini italiani. Da parametro sufficiente ad estendere il diritto alle cure dei pazienti non lavoratori o non studenti, l'“indigenza”, ancorché intesa in senso relativo, finisce per essere utilizzata alla stregua di un parametro anche necessario sulla base di una lettura riduttiva dell'art. 32, co. 1 Cost., non sussistendo il quale il cittadino italiano che si rechi all'estero non potrà richiedere il rimborso dei costi sostenuti, anche qualora le prestazioni fossero state erogate in condizioni di urgenza ovvero non fossero tempestivamente ottenibili in Italia e questo benché la Corte nella sent. n. 309/1999 avesse statuito che *«il diritto alle cure gratuite sia assicurato anche al cittadino che, in disagiate condizioni economiche, si rechi all'estero»* senza che ai motivi del soggiorno fosse *«consentito collegare una aprioristica valutazione negativa».*

A questo proposito, la richiesta di rimborso concerneva prestazioni erogate in un contesto extra-europeo, ma v'è comunque da chiedersi se per analoghi trattamenti eseguiti in un diverso Stato membro dell'UE si sarebbe potuta adottare un'analogia decisione o se, più probabilmente, i giudici di merito e/o di legittimità avrebbero in tal caso interpretato il diritto interno in maniera conforme al diritto UE, che, prima ancora che tutelare il diritto del paziente alla scelta del luogo di cura, fa salvo il diritto del paziente che soggiorni all'estero anche per motivi di diporto al rimborso delle cure non programmate, qualora esse siano urgenti e non differibili, come del resto ribadito anche dall'art. 61.1 del d.p.c.m. 16 gennaio 2017. Tale disposizione, richiamando i regolamenti europei, assicura l'erogazione delle prestazioni sanitarie all'estero agli assistiti del SSN che si trovino “a soggiornare temporaneamente” sul territorio di un altro Stato membro UE o EFTA. Sulla natura del “soggiorno temporaneo” l'art. 61.1 del d.p.c.m. nulla aggiunge, limitandosi essa a prevedere che il rimborso avvenga nei limiti e con le modalità previste dai regolamenti UE, regolamenti che, ispirati dalla necessità di garantire la libertà di circolazione, non distinguono la posizione del paziente sulla base dei motivi di soggiorno all'estero.

⁴⁰ Così anche: L. UCCELLO BARRETTA, *Il diritto alla salute nello spazio europeo: la mobilità sanitaria alla luce della direttiva 2011/24/UE*, in www.federalismi.it n. 19/2014, p. 6.

2.3. Conclusioni: una disciplina sfavorevole per la mobilità sanitaria verso gli Stati extra-UE

L'ordinamento italiano reca, dunque, una disciplina sull'assistenza sanitaria extra-UE meno favorevole rispetto a quella costruita sulla base dei regolamenti europei e della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Basti osservare che l'assistenza sanitaria transfrontaliera di cui alla normativa italiana è garantita in via eccezionale soltanto per prestazioni da erogarsi presso centri di altissima specializzazione, non è garantita presso centri privati non convenzionati e il rimborso è concesso soltanto nel limite massimo dell'80% delle spese effettivamente sostenute dai cittadini iscritti al SSN che si trovino all'estero per motivi di lavoro, di studio, di espatrio o vi si trovino in stato di indigenza o che siano stati costretti recarsi all'estero qualora le cure fossero urgenti e non ottenibili tempestivamente in Italia. Come del resto ha confermato la più recente giurisprudenza di legittimità, la normativa di cui alla legge n. 595/1985 e relativi decreti attuativi garantisce un'assistenza sanitaria soltanto di carattere sussidiario e non censente il rimborso delle spese a quegli assistiti che si trovino all'estero per motivi di turismo e non siano in condizioni di indigenza, limitazione che, sulla base di quanto accertato dalla Corte costituzionale con la sent. n. 354/2008, sarebbe giustificata dalla necessità di bilanciare il diritto alla tutela della salute con le esigenze di finanza pubblica e tutela dell'erario (cfr. di recente: Corte di Cassazione, Sez. Lav., 19 gennaio 2018, n. 1391, est. Boghetich). Del resto, l'insussistenza dei presupposti per interpretare estensivamente le condizioni di accesso alla mobilità sanitaria transfrontaliera nel senso di un diritto all'assistenza sanitaria globale, capace di coprire anche quelle prestazioni urgenti e impreviste o imprevedibili in centri diversi da quelli ad altissima specializzazione, era stata affermata dalla giurisprudenza di legittimità ben prima della sentenza n. 354/2008 della Corte costituzionale (Cass. Civ. 17 maggio 2007, n. 11462).

Lo scrupoloso bilanciamento tra vincoli finanziari e diritto alla salute non è tuttavia mai venuto in rilievo quando le richieste di rimborso si sono fondate sulla lettera dei regolamenti UE, i quali, come si è visto, non prevedono specifiche limitazioni circa le ragioni del soggiorno all'estero, né con riferimento alla natura delle prestazioni. Tuttavia, se è vero che la protezione del diritto alla salute «*non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie di cui dispone*», come autorevolmente sostenuto dalla Corte costituzionale nella sent. n. 309/1999, non si vede come i vincoli di bilancio non possano un domani costituire anche un argine, *rectius* un “controlimite” a un forte aumento delle domande di rimborso a carico del SSN per cure prestate agli assistiti italiani in Stati membri dell'UE. In quel caso, occorrerà non soltanto tornare a misurarsi con il nucleo essenziale del diritto alla salute così come garantito dall'art. 32 della Costituzione italiana, bensì vagliare anche il contenuto dell'analogia garanzia prevista dall'art. 35 CDFUE, in ordine alla quale non si può certo escludere che la Corte di Giustizia possa darne un'interpretazione divergente rispetto a quella offerta dal giudice nazionale, in quanto primariamente volta a soddisfare le libertà di circolazione e di stabilimento.

3. L'adozione della direttiva 2011/24/UE: un'opera di mera "codificazione" della giurisprudenza?

L'adozione della direttiva 2011/24/UE non ha comportato la modifica dei Regolamenti UE sul coordinamento dei servizi sociali, ma anzi è partita dal presupposto del diritto del cittadino europeo e dei suoi familiari a scegliere il luogo di cura senza previa autorizzazione, così come elaborato dalla CGUE ai sensi dell'art. 56 TFUE. Nel capitolo che segue, accanto a un'introduzione al contenuto della direttiva, si cercherà di dare conto di quale siano state le conseguenze derivanti dal suo recepimento in Italia. In particolare, si tenterà di verificare in che misura i "due binari" si siano notevolmente avvicinati dopo le recenti modifiche normative.

3.1. Il contenuto della direttiva: limiti e condizioni deteriori rispetto ai regolamenti UE

La direttiva trova il proprio fondamento nell'art. 114, para. 3 TFUE, attraverso il quale l'UE si propone di rimuovere le barriere tra i mercati degli Stati membri. Dal momento che le prestazioni sanitarie sono generalmente configurate nel diritto UE come servizi aventi natura economica, la disciplina della mobilità sanitaria transfrontaliera con atto derivato avrebbe dovuto essere oggetto della cd. direttiva servizi 2006/123/CE o direttiva Bolkestein, il cui obiettivo era il completamento del mercato interno. Tuttavia, le resistenze degli Stati membri a trattare le prestazioni sanitarie esclusivamente secondo le logiche del mercato ne hanno determinato lo stralcio e l'approvazione con atto separato, che trova la propria fonte anche nell'art. 168, para. 1 TFUE⁴¹, relativo alla sanità pubblica, dal momento che l'atto favorisce anche la cooperazione degli Stati membri al fine di garantire «*un elevato livello di protezione della salute umana*». La direttiva cerca, infatti, di contenere l'approccio pretorio che appariva eccessivamente focalizzato sulla libertà di prestazione dei servizi e sulle pretese individuali dei singoli pazienti, sottolineando le esigenze di garanzie collettive, quali la stabilità finanziaria e la programmazione sanitaria dei singoli Stati⁴².

La direttiva può essere analizzata distinguendo: 1) una prima parte, attinente ai trattamenti sanitari soggetti ad autorizzazione e alle condizioni di rimborsabilità delle prestazioni; 2)

⁴¹ Con il Trattato di Lisbona, sono stati rafforzati i poteri di coordinamento della Commissione in materia sanitaria. L'art. 168, para. 2 TFUE stabilisce espressamente che tra gli obiettivi dell'Unione rientra anche quello di promuovere la cooperazione tra Stati membri per migliorare la complementarità dei sistemi sanitari nelle regioni di frontiera, mentre sulla base dell'art. 168, para. 4 TFUE l'Unione è autorizzata ad adottare misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; tali misure non ostano a che gli Stati membri mantengano o introducano misure protettive più rigorose; b) misure nei settori veterinario e fitosanitario il cui obiettivo primario sia la protezione della sanità pubblica; c) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico. Cfr. in proposito: A. SOYTÜRK, *Grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung im Lichte der EuGH-Rechtsprechung und der Patientenrichtlinie*, Hamburg, 2012.

⁴² Sul punto si veda: A. SANTUARI, *Il diritto (transfrontaliero) alla salute e la crisi del welfare state. Diritti individuali versus equità e solidarietà dei sistemi sanitari nazionali?*, in *Riv. dir. sic. Soc.*, 2016, p. 671.

una seconda parte, relativa alla fissazione di standard minimi per gli Stati membri in ordine alla qualità delle prestazioni e ai diritti dei pazienti; 3) una terza parte regolante alcuni aspetti essenziali della cooperazione tra gli Stati membri in materia sanitaria.

1. Nel “codificare” la giurisprudenza della CGUE, l’art. 8 stabilisce, innanzitutto, che sottoporre le cure mediche transfrontaliere a una previa autorizzazione da parte dello Stato di affiliazione non è la regola e potrà essere eccezionalmente giustificato attraverso un «sistema di autorizzazione preventiva» solo se risulti necessario e proporzionato all’obiettivo da raggiungere e non costituisca un mezzo di discriminazione arbitraria o un ostacolo ingiustificato alla circolazione dei pazienti. La direttiva aggiunge, però, anche che l’autorizzazione potrà essere richiesta quando le cure mediche siano soggette a esigenze di pianificazione da parte delle autorità nazionali e comportino il ricovero del paziente oppure l’uso di apparecchiature mediche specializzate o costose, nel caso di trattamenti che comportino particolari rischi per il paziente o per la popolazione oppure nel caso in cui siano prestate da soggetti che possano suscitare gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla qualità o alla sicurezza dell’assistenza. In tale caso, come evidenziato dal comma 6, lett. c) del medesimo art. 8, l’assistenza sanitaria all’estero non soltanto costituisce un presupposto per la previsione di un procedimento autorizzatorio, ma potrà costituire anche motivo di diniego di autorizzazione.

A differenza della consolidata giurisprudenza della Corte, l’art. 8 della direttiva sembra porre le basi per l’esercizio di una maggiore discrezionalità da parte degli Stati membri tanto nell’assoggettare l’assistenza per cure ospedaliere ad autorizzazione, quanto nello stabilire i casi di diniego dell’autorizzazione. A questo proposito, è stata infatti abbandonata l’originaria proposta della Commissione di invertire l’onore della prova, riconoscendo agli Stati membri la facoltà di assoggettare le cure mediche alla richiesta di autorizzazione soltanto qualora avessero dimostrato che in caso di sua abolizione ne sarebbe risultata compromessa la stabilità finanziaria. A ciò si aggiunge che la direttiva non menziona esplicitamente l’ipotesi dell’“urgenza” quale ragione tale da escludere il procedimento autorizzatorio, ma stabilisce soltanto che, in tali casi, lo Stato di competenza dovrà assicurare tempi ragionevoli per la trattazione delle richieste di autorizzazione.

Nel caso di trattamenti in regime ambulatoriale, la direttiva non sembra, infine, lasciare analoghi margini di discrezionalità agli Stati membri per poter prevedere l’autorizzazione preventiva, ma l’art. 9.5 stabilisce pur sempre che essa «*non pregiudica il diritto degli Stati membri di offrire ai pazienti un sistema volontario di notifica preventiva*», sistema che dovrebbe tuttavia assumere contorni diversi rispetto a un procedimento autorizzatorio.

Per quanto riguarda, invece, i requisiti per la concessione dell’autorizzazione, disciplinati all’art. 9, è richiesto che l’intero procedimento si svolga in modo oggettivo, trasparente, non discriminatorio e tempestivo, secondo criteri già elaborati dalla giurisprudenza della Corte. Quanto al criterio della tempestività, viene specificato che si deve trattare di tempi ragionevoli sulla base dello stato di salute del paziente e dell’urgenza del caso. Come già stabilito dall’art. 20 del Regolamento (CE) n. 883/2004, l’autorizzazione non potrà essere negata quando la prestazione non può essere erogata nel territorio dello Stato di affiliazione entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto del «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 rinnovata. In particolare, l'inefficacia delle cure fino allora erogate può dare sostanza all'anamnesi patologica nel senso di giustificare il ricorso al trattamento medico all'estero (art. 8.5).

Infine, sotto il profilo dell'entità del rimborso disciplinato dall'art. 7, occorre notare che, a differenza della precedente giurisprudenza *Elchinov*⁴³, la direttiva non garantisce la rimborsabilità delle prestazioni non previste nel "basket of care" dello Stato di affiliazione, ma fa salvo il potere degli Stati di affiliazione di rimborsare solo le prestazioni cui la persona assicurata ha diritto nello Stato di affiliazione stesso (art. 7.1), così compromettendo la libertà di circolazione. Inoltre, a differenza della giurisprudenza *Vanbraekel*, la direttiva non prevede espressamente l'obbligo per lo Stato di affiliazione di integrare il rimborso concesso ai sensi dei Regolamenti, nel caso in cui sulla base della legislazione dello Stato di cura esso sia inferiore a quello che avrebbe concesso lo Stato di affiliazione. Tuttavia, è ragionevole sostenere che ciò possa essere derivato dalla lettera dell'art. 7.5 della direttiva. Da obbligo, l'integrazione del rimborso pare, tuttavia, essere mutato in una facoltà rimessa alla discrezionalità dello Stato membro di affiliazione. Discrezionalità che sembra ulteriormente accresciuta dalla facoltà riconosciuta dall'art. 7.9 di limitare l'applicazione delle norme sul rimborso sulla base di motivi puramente economici, a dispetto di quanto stabilito dalla giurisprudenza CGUE fin dal caso *Kobll*⁴⁴. Non dissimile la questione della rimborsabilità delle spese accessorie, dal momento che l'art. 7.4, terzo alinea si discosta dalla precedente giurisprudenza *Watts* e stabilisce che gli Stati membri possano, ma non debbano affatto «decidere di rimborsare altri costi afferenti, come le spese di alloggio e di viaggio, o i costi supplementari eventualmente sostenuti». A questo proposito, è auspicabile aspettarsi un nuovo intervento della Corte per chiarire se effettivamente la direttiva abbia inasprito le condizioni per il rimborso e se ciò sia compatibile con le norme in materia di libero stabilimento oppure se le disposizioni della direttiva debbano essere interpretate in continuità con la giurisprudenza pregressa⁴⁵.

2. Al Capo II la direttiva fissa alcuni standard minimi che lo Stato di cura dovrà garantire ai pazienti stranieri. Si tratta della prima volta in cui un atto di diritto UE pretende di regolamentare i principi che ineriscono alle modalità di erogazione dei trattamenti sanitari degli Stati membri.

⁴³ CGUE, *Elchinov*, C-173/09, § 64.

⁴⁴ CGUE, *Kobll*, C-158/96, § 42.

⁴⁵ Propende per un'interpretazione che confermi i principi della giurisprudenza pregressa: F. WOLLENSCHLÄGER, *Patientenmobilität in der Europäischen Union – von der Rechtsprechung des EuGH zur neuen Richtlinie 2011/24/EU über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung*, in *EuR*, 2 (2014).

Nello specifico, a ogni Stato membro è fatto obbligo di rilasciare, tramite i punti di contatto nazionali (PCN) e i prestatori di assistenza sanitaria, le necessarie informazioni relative agli standard di qualità e sicurezza dei trattamenti, di assicurare l'accesso a mezzi di ricorso adeguati, attraverso i quali chiedere il risarcimento dei danni eventualmente subiti, garantire il pieno rispetto del diritto alla riservatezza nel trattamento dei dati personali e l'accesso alla cartella clinica per estrarne copia (artt. 4 e 5). I PCN, la cui istituzione è obbligatoria, potranno offrire informazioni ai cittadini dello Stato di affiliazione sul procedimento da seguire per curarsi all'estero, sia ai cittadini di altri Stati membri sui trattamenti erogabili entro i confini dello Stato cui il PCN afferisce. Le informazioni vengono date su richiesta secondo modalità previste autonomamente da ciascuno Stato membro, sul quale non grava però un obbligo di garantire l'accessibilità delle informazioni in lingua straniera (art. 6). In generale, sembra potersi affermare che le garanzie informative volte a superare le "asimmetrie informative" esistenti tra consumatore e operatore sanitario costituiscano un primo nucleo di un "diritto all'informazione nella salute" in via di consolidamento⁴⁶.

Per quanto riguarda il principio di non-discriminazione basata sulla nazionalità, che si applica ai pazienti provenienti da altri Stati membri, la direttiva non obbliga lo Stato di cura ad accordare priorità nel trattamento ai pazienti transfrontalieri, anche se nemmeno lo vieta. Allo stesso tempo, però, come detto, autorizza gli Stati membri a intervenire per impedire l'accesso di pazienti straniere alle prestazioni sanitarie – ad esempio attraverso il diniego di autorizzazione o la limitazione dell'applicazione delle norme sul rimborso – qualora ciò sia giustificato da motivi di interesse generale ovvero qualora sia necessario assicurare una gamma equilibrata di cure di qualità, garantire un controllo sui costi ed evitare sprechi di risorse umane, tecniche o finanziarie. Questa clausola, fondata su motivi puramente economici, è suscettibile di limitare ulteriormente il diritto alla scelta del luogo di cura dei pazienti, anche se non sembra riguardare le prestazioni ambulatoriali ossia le prestazioni per le quali l'autorizzazione non può essere richiesta.

3. Da ultimo, la direttiva ha disciplinato questioni diverse dalla mobilità dei pazienti, introducendo obblighi di cooperazione in capo agli Stati membri in certi ambiti considerati prioritari.

In particolar modo l'art. 10 affronta la questione del rafforzamento della cooperazione transfrontaliera in materia sanitaria nelle aree di confine, ad oggi ancora poco sviluppata se non in contesti già da tempo avanzati (come, ad esempio, il GECT Euroregione Tirolo-Alto Adige-Trentino), mentre l'art. 11 impone agli Stati membri di riconoscere le prescrizioni mediche rilasciate in un altro Stato membro e che riguardino un medicinale la cui immissione in commercio sia stata autorizzata dalle norme europee. La disposizione

⁴⁶ L'espressione si ritrova in: L. BUSATTA, *La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti*, p. 30 ed è stata ripresa anche da C. GIUNTA, *La direttiva sull'applicazione dei diritti dei pazienti*, in D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018, pp. 60-61.

trascura però il problema non secondario del controllo sulla loro autenticità e della corretta identificazione del medicinale o della terapia prescritti. A questo proposito, ai sensi dell'art. 11.2, è stata adottata la direttiva di esecuzione 2012/52/UE finalizzata ad agevolare il riconoscimento delle ricette mediche emesse in Stato diverso da quello di cura. In base all'art. 3 di tale direttiva, gli Stati membri dovranno provvedere affinché le ricette contengano almeno i dati stabiliti dall'elenco ad essa allegato (identificazione del paziente; autenticazione della ricetta; identificazione dello specialista prescrivente; identificazione del prodotto prescritto).

L'art. 12 invita gli Stati membri a favorire lo sviluppo delle cd. reti di riferimento europee tra enti ospedalieri nazionali, volti alla realizzazione di economie di scala per lo scambio di conoscenze e la cura di patologie rare, ma non affronta tuttavia il nodo della costituzione delle reti, del coinvolgimento delle casse mutue o comunque delle assicurazioni e delle risorse con cui finanziarle, aspetti che sono stati interamente lasciati all'autonomia organizzativa dei singoli Stati membri. Infine, con l'art. 15 l'Unione intende promuovere l'assistenza sanitaria online attraverso la costituzione di una rete volontaria che colleghi le autorità nazionali responsabili designate dagli Stati membri, senza tuttavia specificare attraverso quale strategia e con quali mezzi.

In conclusione, occorre comprendere quale sia l'esatto rapporto derivante dall'applicazione della direttiva o dei regolamenti ancora vigenti. A questo proposito, vale la pena ricordare come l'art. 8.3 della direttiva stabilisca che sia compito dello Stato membro di affiliazione accertare se, per le richieste di autorizzazione preventiva, sono state soddisfatte le condizioni di cui all'art. 20 del Regolamento CE n. 883/2004. In tal caso, l'autorizzazione preventiva è concessa conformemente al regolamento a meno che il paziente non decida diversamente. Benché l'ambito di applicazione soggettivo di regolamento e direttiva sia il medesimo, sussistono, tuttavia, differenze sia con riguardo alle condizioni per la richiesta di autorizzazione, sia con riguardo al tipo di trattamento ottenibile all'estero, sia infine con riferimento all'entità del rimborso.

Per quanto riguarda la richiesta di autorizzazione, l'art. 20.1 del regolamento richiede di essere interpretato in conformità con le norme in materia di libertà di circolazione, ma a differenza della direttiva non prevede clausole come quelle dell'art. 8.2 lett. b) e c), che impongono la richiesta di autorizzazione in casi particolari. A questo proposito, la direttiva sembrerebbe quindi offrire condizioni deteriori rispetto a quelle del regolamento.

Per quanto riguarda le prestazioni sanitarie ottenibili all'estero ai sensi della direttiva, il paziente può ricevere una cura nei limiti di quanto stabilito dallo Stato di affiliazione, mentre secondo il regolamento il paziente riceve una cura secondo le modalità dello Stato di cura. Anche in questo caso, quindi, il regolamento offre condizioni più vantaggiose rispetto alla direttiva.

Per quanto attiene le richieste di rimborso, ai sensi del regolamento, la tariffa viene rimborsata direttamente dallo Stato competente senza anticipazione di costi da parte del paziente, mentre, sotto la direttiva, il paziente dovrà anticipare le spese e poi potrà ottenere il rimborso. Peraltro, benché il rimborso sia considerato la regola sotto la direttiva e l'eccezione in base ai regolamenti, sulla base di questi ultimi il paziente può scegliere se

chiedere il rimborso nello Stato membro di cura oppure nello Stato membro di affiliazione [art. 25.5 del Regolamento (CE) n. 987/2006], mentre tale facoltà non è prevista dalla direttiva. A tal proposito, va ulteriormente sottolineato che se la persona assicurata ha effettivamente sostenuto totalmente o in parte le spese per le cure mediche autorizzate all'estero e tale importo avrebbe dovuto essere pagato anche nello Stato membro di affiliazione, sotto la direttiva, il paziente non ha diritto a ottenerne il rimborso (art. 7.4). Viceversa, a norma del regolamento, vale il principio contrario, ossia che, se le spese che l'istituzione competente è tenuta a rimborsare (spese effettivamente sostenute) sono inferiori alle spese che avrebbe sostenuto per le stesse cure nello Stato membro competente (spese figurative), l'istituzione competente è tenuta a rimborsarle. Essa rimborsa inoltre, a richiesta, le spese sostenute per le cure a concorrenza della differenza tra spese figurative e spese effettivamente sostenute (art. 26.7 del Regolamento). Allo stesso modo, anche il successivo art. 26.8 del medesimo Regolamento stabilisce che lo Stato membro estero presso il quale si chiede il rimborso si assuma il carico delle spese per il viaggio e di soggiorno quale parte delle cure programmate qualora l'assunzione a carico sia prevista dalla legislazione dello Stato di affiliazione.

In altre parole, il problema della possibile sovrapposizione tra norme fondate sulla libertà di prestazioni dei servizi e norme dei Regolamenti non è stato risolto con l'adozione della direttiva che, per le cure programmate, prevede un regime meno favorevole di quello di cui ai Regolamenti. A questo quadro, già assai intricato, occorre ancora aggiungere che, a differenza dei Regolamenti, la direttiva non si applica ai servizi nel settore dell'assistenza di lunga durata il cui scopo è sostenere le persone che necessitano di assistenza nello svolgimento di compiti quotidiani e di routine (art. 1.3 lett. a). L'esclusione dell'assistenza dalla direttiva non sembra giustificabile sotto il profilo del rispetto dell'art. 56 TFUE e sollecita perciò un nuovo intervento da parte della Corte di Giustizia⁴⁷.

3.2. Il d.lgs. 38/2014: un recepimento "restrittivo"

Alla direttiva 2011/24/UE è stata data attuazione nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 38. A differenza di altri Stati membri come Austria, Francia e Germania, che avevano già autonomamente codificato la giurisprudenza CGUE, uniformando la propria legislazione in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera, in Italia, la disciplina recata

⁴⁷ Così: T. SOKOL, L. MINTAS-HODAK, A. ABRAMOVIC, *Patient Mobility Directive: One Step Forward or Two Steps Back fro Cross-Border Healthcare?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 8 (2012), p. 149; S. BIEBACK, *Abgrenzung der grenzüberschreitenden Nachfrage nach Gesundheitsleistungen auf Grund der Patienten-Richtlinie und auf Grund der VO (EG) Nr. 883 (2004)*, ZESAR 04/13, pp. 148-149; M. FRISCHHUT, *Keine Patientenmobilität im Pflegebereich. Zugleich eine Anmerkung zu EuGH C-562/10*, *Ecolex*, (2), 2013, pp. 193-196. Diverso il giudizio di: P. QUINN and P. DE HERT, *The European Patients' Rights Directive: A Clarification and Codification of Individual Rights Relating to Cross-Border Healthcare and Novel Initiatives Aimed at Improving Pan-European Healthcare Co-Operation*, in *Medical Law International*, 12 (1), p. 46.

dai Regolamenti europei conviveva con quella generale in materia di assistenza sanitaria all'estero di cui alla legge n. 595/1985 e relativi decreti ministeriali attuativi.

In questa sede, occorre senz'altro domandarsi se il recepimento della direttiva sia avvenuto in conformità al diritto unionale e quale ne sia stata l'applicazione nel corso degli ultimi quattro anni, ma è forse ancor più significativo verificare quale effetto abbia prodotto tale recepimento nell'ordinamento interno dal punto di vista del funzionamento complessivo del regime che disciplina la mobilità sanitaria transfrontaliera. In quegli ordinamenti in cui esisteva già una disciplina legislativa coordinata, essa è stata, infatti, soltanto in parte modificata, peraltro in senso favorevole alle prerogative dei pazienti, mentre laddove essa non esisteva, come in Italia, l'innesto tardivo della disciplina di attuazione su un quadro normativo generale restrittivo sembra aver prodotto un arretramento delle garanzie di accesso alle prestazioni sanitarie.

Il decreto legislativo stabilisce, innanzitutto, che esso si applichi a tutti i cittadini di Stati membri dell'UE che intendono fruire di prestazioni di assistenza sanitaria transfrontaliera; quindi regola sia le condizioni di accesso alle prestazioni sanitarie in Italia da parte di cittadini provenienti da altri Stati membri, sia le condizioni di accesso alle cure degli iscritti al SSN presso strutture dislocate al di fuori dei confini nazionali (art. 1, co. 2). Il decreto esclude, tuttavia, sin da subito che esso si applichi ai servizi assistenziali di lunga durata, all'assegnazione e all'accesso agli organi ai fini di trapianto e ai programmi pubblici di vaccinazione contro le malattie contagiose (art. 1, co. 3), una scelta di politica legislativa che pare conforme allo spirito della direttiva (cfr. art. 1.3 lett. a) b) e c), ma che certo non sottrae la normativa nazionale al sindacato della Corte di Giustizia circa la sua conformità al principio di non discriminazione e di libertà di prestazione di servizi.

Per quanto riguarda i pazienti di altri Stati membri UE che intendono ricevere cure in Italia⁴⁸, accanto a una ovvia quanto necessaria riaffermazione del principio di non discriminazione, l'art. 5 stabilisce che essi hanno diritto di ricevere dal Punto di Contatto Nazionale (PCN), costituito presso il Ministero della Salute ai sensi dell'art. 7, le informazioni riguardanti gli standard e gli orientamenti di qualità e sicurezza, ivi comprese le disposizioni sulla vigilanza e sulla valutazione dei prestatori di assistenza sanitaria, le informazioni su quali prestatori di assistenza sanitaria sono soggetti a tali standard e orientamenti, nonché le informazioni sull'accessibilità agli ospedali per le persone con disabilità. Accanto al PCN, che allo stato offre informazioni soltanto in italiano e in inglese, l'art. 2, comma 3 del

⁴⁸ Con riguardo ai pazienti stranieri extra-UE, il loro ingresso in Italia per ricevere cure mediche non è coperto dalle norme interne di recepimento della direttiva UE, bensì dall'art. 36 T.U. n. 286/1998. Lo straniero che intende ricevere cure mediche in Italia e l'eventuale accompagnatore potranno ottenere uno specifico visto di ingresso ed il relativo permesso di soggiorno. A tale fine gli interessati devono presentare una dichiarazione della struttura sanitaria italiana prescelta che indichi il tipo di cura, la data di inizio della stessa e la durata presunta del trattamento terapeutico, devono attestare l'avvenuto deposito di una somma a titolo cauzionale, tenendo conto del costo presumibile delle prestazioni sanitarie richieste, secondo modalità stabilite dal regolamento di attuazione, nonché documentare la disponibilità in Italia di vitto e alloggio per l'accompagnatore e per il periodo di convalescenza dell'interessato.

Patto per la Salute 2014-2016 ha individuato la necessità di istituire anche alcuni Punti di Contatto Regionali per la mobilità transfrontaliera con finalità di collaborazione e supporto dei PCN per il soddisfacimento di tutte le richieste di informazione e ogni altro dato necessario relativo al Servizio Sanitario Regionale e con attività di *back office* tecnico-giuridico al suo interno (finora istituito nel Veneto e in Piemonte e per ora soltanto previsto dalla legislazione regionale in Abruzzo, Emilia-Romagna e Puglia).

Tocca invece ai prestatori di assistenza garantire ai pazienti di un altro Stato membro tutte le informazioni atte a consentire di compiere una scelta informata e consapevole sulle diverse opzioni terapeutiche, la loro qualità e sicurezza, nonché informazioni trasparenti su prezzi e onorari, sullo status di autorizzazione o di iscrizione dei prestatori di assistenza sanitaria medesimi, sulla loro copertura assicurativa o su altri mezzi di tutela personale o collettiva per la loro responsabilità professionale. Al fine di garantire la continuità della cura, i pazienti di un altro Stato membro UE che hanno ricevuto assistenza sanitaria nel territorio italiano hanno diritto alla cartella clinica, in formato cartaceo o elettronico, in cui si è registrato il trattamento in questione, nonché all'accesso ad almeno una copia di tale cartella clinica in conformità alla vigente normativa nazionale.

Più problematica nella sua applicazione potrebbe, invece, essere la disposizione di cui al comma 8 dell'art. 5, che si rifà alla nozione di «motivi imperativi di interesse generale» di cui all'art. 4.3 della direttiva per autorizzare l'adozione con decreto del Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni, di misure restrittive dell'accesso alle cure per i pazienti stranieri. Esse potranno essere limitate al territorio di una o più Regioni, o a singole aziende o enti del servizio sanitario nazionale, e potranno essere adottate anche su richiesta delle Regioni e delle Province autonome. Esse sono a loro volta limitate dal rispetto del principio di proporzionalità e di non discriminazione (comma 10) e debbono essere tempestivamente pubblicate sul portale del Ministero della Salute e sui siti web delle Regioni e delle Province autonome interessate e formano oggetto delle informazioni rese dal PCN. Soltanto l'eventuale applicazione di queste disposizioni, che al momento sembra del tutto di là da venire visti i numeri contenuti dei cittadini stranieri che decidono di curarsi nel nostro Paese, dirà se essa sia o meno conforme al principio di non discriminazione e alle norme dei Trattati in materia di libera circolazione o libero stabilimento.

L'art. 6 disciplina, invece, le modalità di accesso alle cure per i pazienti italiani che intendono ricevere cure recandosi in altri Stati membri. Esso stabilisce che le persone assicurate in Italia hanno diritto a ricevere dal PCN le informazioni sulla possibilità di ricevere un'assistenza sanitaria transfrontaliera, in particolare per quanto riguarda i termini e le condizioni di rimborso dei costi ai sensi dell'articolo 8, le procedure di accesso e definizione di tali diritti e sui mezzi di ricorso e tutela nel caso in cui i pazienti ritengano che i loro diritti siano stati lesi. Gli iscritti al SSN che richiedono di fruire o fruiscono dell'assistenza sanitaria transfrontaliera hanno diritto all'accesso remoto o ad ottenere almeno una copia della cartella clinica.

Al di là delle garanzie informative, ciò che rileva maggiormente è il diritto dei pazienti "assicurati in Italia" a richiedere il rimborso per le prestazioni erogate all'estero. Fatta

pur sempre salva l'applicabilità del Regolamento CE n. 883/2004, i costi sostenuti da una persona "assicurata in Italia" che si è avvalsa dell'assistenza sanitaria all'estero sono rimborsati se e nella misura in cui la prestazione erogata sia compresa nei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), previsti dall'articolo 1 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e da ultimo ridefiniti con d.p.c.m. del 12 gennaio 2017. L'ambito di applicazione dell'assistenza sanitaria transfrontaliera può essere ampliato da parte delle Regioni e delle Province autonome, le quali potranno rimborsare, con proprie risorse, eventuali livelli di assistenza ulteriori. Sulla base del comma 3 dell'articolo 8, i costi relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera sono rimborsati in misura corrispondente alle tariffe regionali o provinciali, al netto della compartecipazione alla spesa secondo la normativa vigente. In ogni caso, tale copertura non potrà superare il costo effettivo dell'assistenza sanitaria ricevuta. Il comma 4 stabilisce, inoltre, che le Regioni e le Province autonome potranno rimborsare eventuali altri costi afferenti all'assistenza sanitaria, quali le spese di viaggio, alloggio e i costi supplementari eventualmente sostenuti da una persona disabile.

Per poter procedere al rimborso, occorre che le prestazioni sanitarie siano state preventivamente autorizzate dall'autorità sanitaria o che rientrino nel novero di quei trattamenti per i quali non è necessaria la previa autorizzazione. In proposito, l'art. 9, co. 2 del decreto legislativo prevede una serie di motivi piuttosto vaghi sulla base dei quali potrà essere richiesta l'autorizzazione, mentre l'art. 9, co. 8 rinvia a un decreto del Ministero della Salute l'individuazione delle singole prestazioni sanitarie che si fondino su questi motivi.

Per quanto concerne l'ampio elenco di motivi, l'assistenza richiede di essere autorizzata se è: (a) soggetta ad esigenze di pianificazione riguardanti l'obiettivo di assicurare, nel territorio nazionale, 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; (b) comporta il ricovero del paziente per almeno una notte; (c) richiede l'utilizzo di un'infrastruttura sanitaria o di apparecchiature mediche altamente specializzate e costose, comprese quelle utilizzate nella diagnostica strumentale; (d) richiede cure che comportano un rischio particolare per il paziente o la popolazione; (e) è prestata da un operatore di assistenza sanitaria che potrebbe suscitare gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla qualità o alla sicurezza dell'assistenza; (f) riguarda la cura di malattie rare.

Il decreto legislativo subordina insomma l'erogazione di talune prestazioni ad autorizzazione preventiva non semplicemente sulla base della complessità e costosità delle apparecchiature, ma anche a esigenze di pianificazione sanitaria miranti a salvaguardare l'accesso a cure di qualità da parte di tutti i pazienti e a consentire il controllo dei costi. L'assenza di una giustificazione a questo riguardo si combina con un assoggettamento generalizzato ad autorizzazione preventiva di un ampio numero di prestazioni sanitarie *intra moenia* ed *extra moenia* da parte del decreto ministeriale 16 aprile 2018, n. 50.

Nelle more dell'adozione del decreto, che avrebbe dovuto essere adottato entro 60 giorni dall'entrata in vigore del decreto legislativo, erano rimaste soggette ad autorizzazione preventiva le prestazioni che comportavano il ricovero del paziente per almeno una notte e quelle che richiedevano l'utilizzo di un'infrastruttura sanitaria o di apparecchiature

mediche altamente specializzate e costose, comprese quelle utilizzate nella diagnostica strumentale, come del resto indicato già all'art. 9, co. 2 del d.lgs., con particolare riferimento alle prestazioni di cui agli articoli 3 e 5 della legge 23 ottobre 1985, n. 595, e ai sopra menzionati decreti ministeriali attuativi. Veniva inoltre fatta salva la possibilità, per le Regioni e le Province autonome, di sottoporre ad autorizzazione preventiva ulteriori prestazioni. In attesa dell'emanazione del d.m., le Regioni e le Province autonome hanno allora fatto proprio un primo e provvisorio elenco di prestazioni da sottoporre ad autorizzazione, rientranti tra i livelli essenziali di assistenza (LEA). Tra queste rientravano, oltre ai ricoveri con almeno una notte in ospedale, i ricoveri (in qualsiasi regime) afferenti ai 108 DRG (*Diagnosis-Related-Group*) potenzialmente inappropriati; i ricoveri chirurgici diurni (*day hospital* e *day surgery*); *day hospital* medici per i quali è necessario un piano di trattamento e i ricoveri in residenze sanitarie o socio-sanitarie.

Contrariamente all'esperienza della Francia che ha ridotto soltanto ad alcuni trattamenti l'obbligo di autorizzazione⁴⁹, il d.m. 12 aprile 2018, n. 50 ha recepito in parte il contenuto dell'accordo tra Regioni e Province autonome, specificando che le prestazioni fruibili in *day surgery*, tra cui rientra, ad esempio, la decompressione del tunnel carpale, ma anche l'aborto o la circoncisione, richiedono di essere sottoposte ad autorizzazione preventiva, dovendosi considerare la sala operatoria una infrastruttura sanitaria altamente specializzata e costosa e che, per lo stesso motivo, devono essere sottoposte ad autorizzazione preventiva anche le prestazioni di chirurgia ambulatoriale, tra cui l'intervento di cataratta o la riparazione dell'ernia inguinale, e così pure le prestazioni ambulatoriali terapeutiche o di diagnostica strumentale (tra cui la tomografia assiale computerizzata, la risonanza magnetica nucleare, la radioterapia e la medicina nucleare). Sembrerebbero, invece, non ricomprese nel novero delle prestazioni oggetto di autorizzazione preventiva i ricoveri in residenze sanitarie o socio-sanitarie – peraltro solo in parte coperti dalla direttiva – ma soprattutto i *day hospital* medici per i quali sia richiesto un piano di trattamento, salva la facoltà delle Regioni e delle Province autonome di mantenere tale obbligo.

Pare, insomma, potersi sostenere che l'elenco sia fortemente limitativo della libera prestazione di servizi, dal momento che, al di là dell'ipotesi del ricovero notturno, l'elenco non è ancorato alla sola complessità e costosità delle apparecchiature quanto ad altri requisiti, non previsti dalla legge, tra cui la natura chirurgica del ricovero, rischiando perciò di rendere l'autorizzazione preventiva di nuovo la regola per tutti i trattamenti sanitari sia *extra moenia*, sia *intra moenia*. A tal riguardo, invece, la normativa tedesca aveva distinto già prima dell'adozione della direttiva tra prestazioni *intra moenia* ed *extra moenia*, limitando alle prime la richiesta di autorizzazione [§§ 115 a) e b) SGB V]. In Francia, invece, il legislatore ha colto l'occasione della direttiva per stabilire un regime unificato per le cure

⁴⁹ Art. R160-1 *Code de la sécurité sociale* e *Arrêté du 27 mai 2014 établissant la liste des soins hors de France nécessitant le recours à des infrastructures ou équipements médicaux hautement spécialisés et coûteux*, emanato dal Ministero degli Affari sociali e della Sanità.

soggette ad autorizzazione, senza distinzione tra trattamenti resi ai sensi della direttiva e trattamenti resi ai sensi dei regolamenti (art. R160-2 CSS)⁵⁰.

Il regime è particolarmente restrittivo anche con riguardo alle deroghe all'autorizzazione preventiva. Tra esse non è infatti prevista l'ipotesi della "eccezionale gravità e urgenza", sulla quale già la direttiva taceva, ma che rimane prevista dalla disciplina generale sulla mobilità sanitaria transfrontaliera presso centri di altissima specializzazione (art. 7, co. 2 d.m 3 novembre 1989). A questo proposito, in Austria, la *EU-Patientenmobilitätsgesetz* del 24 aprile 2014 (BGBl. Nr. 32/2014)⁵¹, la legge federale che ha modificato la precedente legge sul sistema di sicurezza sociale (*Sozialversicherungs-Ergänzungsgesetz – SV-EG*, BGBl. Nr. 154/1994) fa, invece, salva la possibilità che l'autorizzazione a recarsi all'estero possa non essere richiesta nei casi di urgenza, ovvero laddove si documenti che non fosse possibile ottenerla oppure che non fosse possibile ottenerla in tempi ragionevoli. Questo perché l'Austria ha interpretato l'ambito di applicazione della direttiva nel senso indicato dalla Commissione europea, ovvero nel senso di estenderlo anche a quei pazienti che si trovino in uno Stato membro diverso da quello di affiliazione e accedano alle cure in maniera non programmata, un'ipotesi fino ad ora coperta dal regolamento e non dalla direttiva.

Tornando all'Italia, il decreto legislativo fissa, invece, quattro ipotesi in cui l'autorizzazione andrà senz'altro negata. Esse ricalcano quelle previste dalla direttiva, ma rispetto alla giurisprudenza CGUE rischiano di produrre un arretramento delle garanzie per i pazienti. In particolare, al di là dei casi previsti alle lett. a), b) e d) del comma 6 dell'art. 9 – ossia il rischio di esporre il paziente con ragionevole certezza a un rischio per la sua sicurezza, tenuto conto del potenziale beneficio per il paziente stesso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera richiesta o il rischio di esporre il pubblico con ragionevole certezza a rischi notevoli per la sicurezza oppure il fatto che l'assistenza sanitaria in questione possa essere prestata nel territorio nazionale entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico – è degna di nota la lett. c), sulla base della quale l'autorizzazione potrà essere negata a causa di gravi e specifiche preoccupazioni circa il prestatore dell'assistenza sanitaria quanto al rispetto degli standard e orientamenti relativi alla qualità dell'assistenza e alla sicurezza del paziente, comprese le disposizioni sulla vigilanza, e ciò 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. In altre parole, le unità operative specializzate delle ASL sarebbero legittimate a sindacare caso per caso la qualità dei servizi resi dagli operatori stranieri sulla base degli standard italiani, in spregio

⁵⁰ In Germania e Belgio, invece, il regime è stato esplicitamente differenziato, prevedendo diverse modalità di rimborso a seconda che si segua la direttiva o il regolamento, come ricostruito da: G. COSMELLI, *Il recepimento della direttiva 2011/24/UE in ottica comparata*, in: D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018, pp. 69 e ss.

⁵¹ Sul disegno di legge presentato dal governo si veda il commento di: D. GOSCINSKA, *Transposition of the Patients' Rights Directive 2011/24/EU – A discourse analysis in Germany, Poland and Austria*, Vol. 8, Working Papers in Health Policy and Management, February 2014, pp. 13-15.

della giurisprudenza CGUE, che nel caso *Smits e Perbooms* aveva stabilito che la valutazione fosse effettuata sulla base di quanto comprovato e consolidato nella «*scienza medica internazionale*».

Benché sia la stessa direttiva a consentire limitazioni in proposito, vi sono Stati membri nei quali il recepimento è avvenuto in maniera più fedele alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. In Germania, ad esempio, i pazienti delle casse mutue sono autorizzati a ricevere trattamenti in un altro Stato membro e a richiederne il rimborso purché i prestatori dello Stato di cura rispettino le condizioni di esercizio e di accesso alla professione stabiliti da una delle direttive UE che disciplinano le professioni mediche, oltreché le condizioni stabilite da ciascuno Stato di cura per la cura dei pazienti. A questo proposito, la disposizione *de qua* andrebbe quindi coordinata con il menzionato art. 2.4 d.m. 3 novembre 1989, così come di recente modificato dall'art. 61.5 d.p.c.m. 12 gennaio 2017, il quale impedisce all'autorità amministrativa di negare l'autorizzazione alle cure, qualora la procedura sia ritenuta dalla letteratura scientifica internazionale di efficacia superiore alle procedure tecniche o curative praticate in Italia.

Tale ampio assoggettamento delle prestazioni da erogarsi all'estero a procedure autorizzatorie risulta per il resto rafforzato dalla previsione di cui all'art. 10 del decreto, secondo cui il paziente può presentare la domanda di autorizzazione preventiva non soltanto per le prestazioni di cui all'art. 9, co. 8, ma per qualsiasi prestazione di cui intenda beneficiare e della quale intenda chiedere il rimborso. In tal modo potrà essere verificato se la medesima prestazione debba o meno essere sottoposta ad autorizzazione preventiva. L'esito di tale verifica è comunicato al soggetto interessato entro 10 giorni e, ove sia positivo, la domanda si intende quale richiesta di autorizzazione preventiva e i termini decorrono dalla sua ricezione. In questo modo, il legislatore delegato ha creato un meccanismo procedurale non previsto dalla direttiva, la quale faceva salvo soltanto un sistema di notifica preventiva (art. 9, co. 5), che incentiva l'automatica presentazione della domanda di autorizzazione per qualsiasi prestazione a dispetto della *ratio* della direttiva.

3.3. Conclusione – Un livellamento verso il basso delle condizioni di accesso alle cure all'estero

A poco più di quattro anni dal recepimento della direttiva, è possibile registrare un esiguo numero di pazienti iscritti al SSN che si sia avvalso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera sulla base delle norme della direttiva 2011/24/UE. La scarsa mobilità dei pazienti italiani sembra doversi ricondurre non soltanto all'informazione ancora precaria degli iscritti al SSN, ma anche alla circostanza per cui molti assistiti, laddove richiedano l'autorizzazione a recarsi all'estero per cure programmate, preferiscono avvalersi del regime più favorevole di cui ai regolamenti UE.

In ogni caso, per quanto l'individuazione di un elenco alquanto ampio di prestazioni da sottoporre ad autorizzazione preventiva da parte del d.lgs. 38/2014 rischi di produrre un arretramento delle garanzie per i pazienti italiani, la disciplina per l'accesso alle cure dei cittadini italiani negli Stati membri dell'UE, comprensiva dei regolamenti, è senz'altro più favorevole rispetto alla disciplina legislativa di cui alla legge n. 595/1985 e ai relativi decre-

ti attuativi, che continuano a considerare la mobilità sanitaria un'eccezione, la limitano al caso di cure programmate presso centri esteri di alta specializzazione e ne circoscrivono il rimborso nel suo massimo all'80 per cento delle spese effettivamente sostenute. Tuttavia, come accennato, la disamina del d.lgs. n. 38/2014 ha evidenziato come la disciplina di attuazione della direttiva introduca una forte procedimentalizzazione dell'*iter*. In particolare, il d.lgs. reca una serie di limitazioni significative quanto all'estensione del procedimento autorizzatorio per le cure programmate che, in ambito intra-UE, richiedono di essere necessariamente coordinate con quelle previste dalla disciplina generale di cui ai decreti attuativi della legge n. 595/1985. Da un lato, il decreto legislativo non prevede deroghe all'autorizzazione legate alla gravità e urgenza della prestazione sanitaria, fattispecie, invece, contemplata nel caso di cure da prestarsi presso centri di altissima specializzazione all'estero. Sotto altro profilo, il decreto-legislativo autorizza le ASL a negare l'autorizzazione sulla base di valutazioni delle terapie fruibili presso centri esteri condotte sulla base degli standard di assistenza italiana, anziché sulla base di criteri di efficacia delle procedure così come definiti dalla letteratura scientifica internazionale. In questo senso, la disciplina di attuazione della direttiva rischia di produrre un arretramento del livello di garanzie di assistenza sanitaria all'estero rispetto a quelle disciplinate da disposizioni regolamentari destinate ad applicarsi soltanto per cure mediche in centri di altissima specializzazione⁵². Peraltro, diversamente da altri Stati membri, nei quali la direttiva non ha introdotto considerevoli innovazioni, tali da suggerire che le autorità amministrative possano modificare la prassi sinora seguita in materia di autorizzazione e rimborso delle cure, la disciplina di attuazione della direttiva nell'ordinamento italiano si distingue per lo scarso coordinamento con il quadro normativo pregresso, *rectius* per la sua sovrapposizione a una disciplina già esistente e per l'individuazione di una lista di prestazioni potenzialmente incompatibili con la libera prestazioni di servizi così come garantita dal diritto UE.

4. Osservazioni conclusive – Il lento cammino verso il pieno diritto alle prestazioni sanitarie transfrontaliere

Ancora oggi l'impatto della mobilità sanitaria transfrontaliera dei pazienti sulle finanze pubbliche degli Stati membri resta minimo, come mostrano i dati raccolti dalla Commissione europea, secondo la quale a sfruttare la normativa UE è una minoranza di cittadini delle aree di confine o fasce di popolazione particolarmente informate e agiate, in cerca di cure specializzate. Benché tra il 2014 e il 2016 i casi di mobilità sanitaria transfrontaliera

⁵² La valutazione circa l'efficacia della procedura rispetto ai parametri ricavabili dalla letteratura scientifica internazionale utilizzata nella prassi già prima della modifica del d.m. 3 novembre 1989 pare suscettibile di restringere la mobilità sanitaria e, viceversa, le norme del decreto legislativo capaci di estenderla. Al proposito si veda: T.A.R. Lombardia, Sez. III, 4 febbraio 2016.

siano quasi raddoppiati (da 109.223 a 213.314), i numeri rimangono ancora contenuti e generalmente limitati alle zone frontaliere, dove i pazienti si giovano delle condizioni più favorevoli stabilite dagli accordi bilaterali⁵³. In generale, occorre sottolineare come la mobilità sanitaria transfrontaliera per trattamenti programmati rimanga particolarmente ridotta, sia nell'ambito della direttiva, sia nell'ambito dei regolamenti, mentre la mobilità non programmata fondata sui regolamenti risulti assai più rilevante. In Europa, infatti, la spesa sanitaria per trattamenti di questo genere corrisponde ancora oggi a poco più dell'uno per cento della spesa totale, per un importo pari a circa dieci miliardi di euro.

Tale impatto sembra doversi legare a una molteplicità di fattori, tra cui le barriere linguistiche, la scarsa effettività dei PCN, le differenze di prezzo esistenti tra gli Stati membri, tempi di attesa tutto sommato accettabili per ricevere le cure mediche nello Stato di affiliazione⁵⁴. L'utilizzo dell'assistenza sanitaria transfrontaliera non corrisponde comunque alla domanda potenziale, visto che, sulla base di alcuni sondaggi condotti da Eurobarometer, il numero di cittadini europei che si dicono pronti a viaggiare per ricevere cure in un altro Stato membro supera in realtà largamente il numero di cittadini che anche solo hanno finora chiesto informazioni ai punti di contatto nazionali. In particolar modo, i pazienti più "curiosi" sembrano trovarsi in Germania, Finlandia e Austria, che registrano il numero più elevato di contatti. Più nel dettaglio, con riguardo alla disciplina delle autorizzazioni e dei rimborsi, bisogna ricordare che ventuno Stati membri UE o EFTA hanno introdotto un sistema di autorizzazione preventiva, mentre sette, tutti collocati nell'Europa centrale o settentrionale (Repubblica Ceca, Estonia, Lituania, Paesi Bassi, Svezia, Finlandia e Norvegia) hanno deciso di prescindervi. Del resto, anche laddove l'autorizzazione sia stata normativamente prevista, come in Austria, la novella dell'art. 7b SV-EG che ha modificato nel 2014 la menzionata legge federale sul sistema di sicurezza sociale non stabilisce un elenco di trattamenti per i quali è necessaria l'autorizzazione, ma riporta quasi integralmente il testo dell'art. 8 della direttiva, lasciando alle istituzioni assicurative il compito di dettagliarlo. Dieci tra gli Stati membri UE o EFTA, invece, hanno introdotto il sistema di notifica preventiva previsto dall'art. 9, co. 5 (Danimarca, Estonia, Grecia, Italia, Malta, Polonia, Svezia, Regno Unito, Norvegia e Islanda), mentre tre Stati membri (Spagna, Slovenia e Ungheria) che avevano introdotto questa procedura hanno poi deciso di revocarla. Nel caso dell'Italia, come detto, non sembra, tuttavia, che la procedura adottata sia in alcun modo assimilabile a una notifica preventiva. Per il resto, nel 2015 in alcuni Stati membri, come Austria, Grecia

⁵³ Si vedano però le eccezioni riguardanti i significativi flussi tra Norvegia e Spagna o tra Francia e Portogallo nello studio di recente pubblicato dalla Commissione europea, *Member States Data on Cross-Border Patient Healthcare Following Directive 2011/24/EU, Year 2016*, disponibile al seguente indirizzo web (ultimo accesso 31 agosto 2018): https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/cross_border_care/docs/2016_msdata_en.pdf.

⁵⁴ Su alcuni di questi problemi si vedano gli scritti di: G. BERKI, *Lightning or Lightning Bug: The Role of the Language Gap and the Access to Proper Information on Entitlements in Cross-border Patient Mobility*, in *European Journal of Health Law*, 24/2017 e A. HENDRIKS, *High-quality of Care throughout Europe – But Do We Speak the Same Language?*, in *European Journal of Health Law*, 23/2016.

e Portogallo, non si registrava nemmeno una procedura di rimborso ai sensi della direttiva, ma soltanto ai sensi dei regolamenti. Viceversa, in Francia, Lussemburgo e Finlandia il numero di rimborsi ai sensi della direttiva risulta, ad oggi, molto significativo.

Di fronte a un quadro così variegato, sul quale sembra difficile poter svolgere considerazioni di sistema, occorre prendere atto del fatto che il diritto alla salute continua ad essere esercitato sulla base delle condizioni previste dal diritto nazionale e trova soltanto una garanzia parziale nell'ordinamento UE, stante l'assenza di un'armonizzazione dei sistemi sanitari⁵⁵. Allo stato, infatti, l'unico vero sforzo di armonizzazione è stato condotto attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia con l'applicazione delle norme sulla libera circolazione, ossia favorendo un meccanismo di competizione tra i sistemi sanitari⁵⁶. Ciò significa che il diritto alla salute di cui ai Trattati (art. 35 CDFUE), anche per via delle carenze competenziali dell'Unione in materia, non è un diritto a tutto tondo come quello protetto all'art. 32 Cost.,⁵⁷ sul quale si va edificando un sistema uniforme di garanzia dei diritti sociali⁵⁸, dal momento che esso si configura soltanto come libertà di ricevere prestazioni, il cui presupposto non è affatto essere cittadini UE o trovarsi in uno stato di bisogno, ma avere una copertura assicurativa nello Stato membro di affiliazione.

A questo proposito, manca, infatti, del tutto l'individuazione di una serie di prestazioni da garantire a tutti i cittadini UE in quanto tali, dato che la direttiva e così del resto pure i regolamenti fanno riferimento al "basket of care" di cui si ha diritto nello Stato di affiliazione. Pertanto il diritto alla salute, inteso come mera libertà di ricevere prestazioni sanitarie in un qualsiasi Stato membro UE, è a sua volta limitato dai vincoli posti dalle autorità nazionali che tentano di plasmarne il contenuto sulla base dei suoi contorni domestici. Benché quindi il diritto degli Stati membri rischi di irrigidire le condizioni alle quali i pazienti possono accedere alle cure mediche in un altro Stato membro e così cristallizzare una situazione di difformità tra Stati che garantiscono un ampio numero di prestazioni e Stati che invece ne garantiscono assai poche⁵⁹ la disciplina della mobilità sanitaria così come interpretata dalla CGUE – si pensi ai casi *Smits e Peboom*, *Elchinov* e *Petru* – ma anche così come

⁵⁵ D. MORANA, *Diritto alle cure e mobilità sanitaria nell'Unione europea: un banco di prova per l'Europa sociale. Note introduttive*, in: D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018, pp. 3 e ss.

⁵⁶ R. NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in M. SESTA (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 39.

⁵⁷ C. GIUNTA, *L'impatto della direttiva sull'assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia: il d.lgs. n. 38/2014 tra attuazione, rinvii ed impegni all'attuazione* e G. COSMELLI *Il recepimento della direttiva 2011/24/UE sull'assistenza sanitaria transfrontaliera in ottica comparata: percorsi attuativi, opportunità, prospettive*, in D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018, pp. 69 e 81 e ss.

⁵⁸ L. PIROZZI, *Una rondine fa primavera? La mobilità sanitaria e la sfida per un "sistema sociale" dell'Unione europea*, in: D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018, pp. 19 e ss.

⁵⁹ M. MENGOLZI, *Tutela dei livelli essenziali di assistenza e mobilità sanitaria nell'esperienza italiana ed europea: gli slanci e i limiti dell'azione dell'Unione*, in D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018, pp. 19 e ss.

accolta negli ordinamenti nazionali, è in grado di incidere non soltanto sui criteri sulla base dei quali i trattamenti debbono essere fruiti – si pensi alla diffusione di concetti uniformi di adeguatezza e tempestività del trattamento sanitario – ma, in virtù del principio di uguaglianza, anche sul “basket of care” di uno Stato membro e quindi potenzialmente di produrre una “perequazione” tra i sistemi sanitari che, nel medio-lungo periodo, potrebbe anche metterne a rischio la sostenibilità dei costi⁶⁰.

Ecco perché, allo stato, la semplificazione delle procedure per il rimborso non rientra comunque nell’interesse né dei governi degli Stati membri UE, né delle compagnie assicurative. Persino il legislatore europeo, del resto, pare preferire il mantenimento dello status quo, se è vero che «il recepimento nella legislazione nazionale e la sua applicazione non dovrebbero condurre a una situazione in cui i pazienti siano incoraggiati a ricevere le cure fuori dal loro Stato membro di affiliazione» (Considerando n. 4 della direttiva 2011/24/UE). Il timore generalizzato è, infatti, che la scelta dei pazienti di recarsi all’estero per sottoporsi a cure mediche possa alimentare tensioni sulla programmazione dell’offerta sanitaria, oltretutto sugli equilibri di bilancio degli Stati di affiliazione, costringendoli da un lato a stimolare l’innovazione e a razionalizzare le proprie strutture, ma anche a ridurre le spese o ad aumentare la tassazione per far fronte alle richieste di rimborso per cure erogate all’estero a propri cittadini.

La direttiva non ha, quindi, eliminato la conflittualità interstatale derivante dalle richieste di rimborso da parte dei pazienti. Già in passato diversi Stati membri avevano aggiunto ostacoli di ordine normativo per “chiudere le frontiere” e negare il rimborso delle prestazioni sanitarie. Questo era il caso sia degli Stati con sistemi sanitari più efficienti, per evitare la concorrenza al ribasso per particolari tipi di prestazioni (ad es. per l’ortodonzia, ma anche per le cure termali) offerte a prezzi vantaggiosi negli Stati con sistemi sanitari più obsoleti ma anche con indici del costo della vita più bassi, sia degli Stati meno efficienti per evitare che rimborsi troppo onerosi dovuti all’erogazione di prestazioni di maggiore qualità negli Stati più ricchi compromettessero la sostenibilità finanziaria dei propri sistemi sanitari. A causa di un intervento inefficace, la via dell’“armonizzazione negativa” rischia quindi di fallire o di richiedere nuovi interventi particolarmente incisivi da parte della Corte di Giustizia UE, tali da comprimere la discrezionalità degli Stati membri nell’organizzare in autonomia il proprio sistema sanitario nazionale.

Tuttavia, l’armonizzazione negativa fondata sulla libera circolazione in un’area economica disomogenea non esalta solo la competizione tra sistemi sanitari e non produce soltanto sollecitazioni all’efficientamento di strutture amministrative e sanitarie obsolete, ma rischia di creare squilibri finanziari. La garanzia di accesso alle cure mediche negli

⁶⁰ A. PIOGGIA, *L’assistenza sanitaria transfrontaliera*, Il Libro dell’Anno del Diritto (2015), in: www.treccani.it, la quale sottolinea come in Italia la Corte costituzionale abbia dichiarato incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa sulla base della disuguaglianza nel godimento del diritto alla salute che si veniva a determinare fra le coppie che, a proprie spese, potevano recarsi all’estero e coloro che, invece, per motivi economici erano costretti a rinunciarvi.

altri ordinamenti dovrebbe darsi solo in aree sufficientemente integrate economicamente e socialmente. Diversamente, il rischio è di creare e consolidare un mercato dei pazienti ricchi pagato dai (contribuenti) più poveri degli Stati (in particolare dell'Est) con sistemi sociali e sanitari meno efficienti. A questo proposito, non è quindi possibile non osservare un disallineamento tra i valori proclamati e perseguiti dall'Unione e l'ordine materiale dei sistemi nazionali. Mentre le istituzioni dell'Unione sono convinte che la mobilità agevoli la realizzazione e il completamento del mercato comune, alcuni Stati membri, tra cui l'Italia, paiono più interessati a mantenere intatta l'organizzazione dei propri sistemi sanitari nazionali, eventualmente plasmando la propria disciplina interna su quella che regola l'assistenza sanitaria transfrontaliera extra-UE, in ordine alla quale la mobilità è da ritenersi un'eccezione alla regola, da autorizzarsi in casi limitati e per prestazioni per le quali sia possibile dimostrare scientificamente l'efficacia per il paziente. Il rischio di una sostanziale equiparazione delle discipline è l'arretramento delle garanzie per il paziente che intenda curarsi in un altro Stato membro UE o EFTA.

La mobilità sanitaria transfrontaliera sembra, invece, poter progredire laddove siano gli Stati attraverso accordi bilaterali oppure gli enti sub-nazionali a promuoverla, ossia laddove fioriscono spontaneamente le iniziative di creazione e sviluppo di "reti", come le reti di riferimento europee (ERN), che comportano la cooperazione volontaria tra ospedali, enti locali e regionali, in particolare nelle aree frontaliere, ad oggi ancora molto limitate, ma che sembrano poter ottenere nuova linfa non soltanto attraverso le iniziative dei singoli Stati, ma soprattutto con il crescente sviluppo dei gruppi europei di cooperazione inter-territoriale (GECT)⁶¹.

⁶¹ Si pensi all'esperienza del GECT GO (Comune di Gorizia, comune di Nova Gorica e comune di Šempeter-Vrtojba) sulla costruzione di un network di servizi sanitari transfrontalieri. Sui GECT, come enti trans-europei di cooperazione territoriale dal regime giuridico differenziato, finanziati anche da investitori privati e non necessariamente da agenzie o enti facenti capo all'UE, si veda il contributo di A. MIGLIO, *Le groupement européen de coopération territoriale: un modèle européen uniforme?*, in A. ODDENINO e S. DOMBÉ-BILLE (a cura di), *Le rôle des Régions dans la coopération internationale transfrontalière*, Napoli, 2017, pp. 67 e ss. Per un inquadramento sulla disciplina e prassi dei GECT: M. VELLANO, *La cooperazione regionale nell'Unione europea*, Torino, 2014, pp. 153 e ss.

The judge's power over life and death*

Jörg Luther**

SUMMARY: 1. How do constitutions do with the power over life and death; – 2. How judges get more and more involved in life-end questions: comparative background; – 3. A judge claims a right to conscientious objection against the abortion of a minor (1987); – 4. Judges allow to withdraw fluids and feeding in vegetative coma (Englaro 2009); – 5. A judge challenges the law in order to increase judicial power over guardians (X 2017); – 6. The constitutional judge “allows” a reform of the crime of assisted suicide (Cappato 2018); – 7. Final observations.

ABSTRACT:

European Constitution makers have been reluctant to grant specific rights and powers related to life and death, but judges are more and more involved in life-end questions. The paper analyses a few Italian cases of the last thirty years in which the judges' conscience seems to have increased their power.

1. How do constitutions do with the power over life and death

The power over life and death doesn't look like a power that could be entrusted to human beings. “Master over life and death” sounds more like a science fiction (Robert Silberberg 1957) or a computer-game or a psychoanalysis of Anders Behring Breivik and other terrorists. Shouldn't it just be a power of spiritual sovereignty reserved to religion?

In fact, there are ideas and myths of a supreme divine power over life and death, for example in the death-rebirth of Isis and Dionysos. In the Ancient Testament, 1 Samuel 2:6 states: “The Lord brings death and makes alive”. This power over life and death is es-

* Contributo referato dalla Direzione della Rivista, versione rielaborata di una relazione a un colloquio internazionale su “Droit et Culture : Regards croisés pluridisciplinaires sur la fin de vie”, tenutosi a Firenze dal 25 al 27 giugno 2018.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università del Piemonte Orientale, joerg.luther@uniupo.it.

essentially a spiritual one, being derived from the tongue: “The tongue has the power of life and death, and those who love it will eat its fruit.” (Proverbs 18, 21). This is the power of the “word”. And from a Christian point of view, any power over life and death is or has to be reserved to God who decided over life, death and resurrection of Jesus Christ, his son who could even undo death through a miracle. The idea that the decision over life and death is in the exclusive domain of God is therefore a traditional Christian idea supported by the narrative and the icon of the crucifix which might become a symbol of human dignity. There are modern ideas on the power of life and death as a part of temporal sovereignty. Meanwhile Hobbes considered the preservation of life as a natural right, Rousseau’s *Contrat social* (1762) justified a sovereign power to inflict death penalty upon any citizen: “when the prince says to him: “It is expedient for the State that you should die,” he ought to die, because it is only on that condition that he has been living in security up to the present, and because his life is no longer a mere bounty of nature, but a gift made conditionally by the State.” (Book II, Chapter 5: The Right to life and death).

In his theory of biopolitics, Foucault theorized this shift in temporal sovereignty from a sovereign who “makes” death and “allows” survival to a sovereign who “makes” life and rejects it into death¹ or, more precisely, “allows” to die. This is the power of the “sword” and of the modern State’s monopoly of legitimate force as described by Max Weber, a State that can’t be yet declared death itself, nor is expected to be of eternal life. In order to protect the right to survival of citizens, some State claims a power to apply death penalty and to kill terrorists like Bin Laden, even to sacrifice the lives of their victims when terrorists take control over aircrafts.²

If one looks at similar extreme positions, the power over life and death seems to be vindicated by two different empires, the “empire of the sword” governing the death after life and the “empire of the word” governing the life after death. The separation and reciprocal limitation of these empires as well as their cooperation – the word and the sword upheld each other – is principled and ruled by constitutional law, a sort of “constitutional bio-law”. If the people prefer confessionism, the State can be authorised to enforce religious commands and prohibitions of life and death, if they prefer secularism, the State has to respect freedom of conscience.

From the point of view of modern constitutionalism, any power over life and death needs a constitutional basis. First of all, contemporary constitutions transform human rights in fundamental rights that ought to be ensured by divided public powers. For this purpose

¹ M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard, 1997, p. 214. ID., *Histoire de la sexualité*, I, Paris, Gallimard, 1976, p. 181: “le vieux droit de faire mourir ou de laisser vivre s’est substitué un pouvoir de faire vivre ou de rejeter dans la mort”.

² O. DEPENHEUER, *Das Bürgeropfer im Rechtsstaat*, in *Festschrift J. Isensee*, Heidelberg, Nomos, 2007, p. 43ff.; C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, D’Uncker & Humblot, 1963, p. 70. Contrary the German Federal Constitutional Court in BVerfGE 115, 118 (Luftsicherheitsgesetz).

they divide sociocultural and socioeconomic from political powers, including religions from politics. They can ensure life as a fundamental right to be defended in jurisdiction, but most constitutions refrain from granting such a right as they refrain from declaring a right to die, rights that could be considered as the positive and the negative choice in a freedom. If they do not declare a similar fundamental right, that might happen due to deference to the belief that there is a divine power or to the belief that temporal sovereignty might include a secular power over life and death. Otherwise the constitution makers could leave space for doctrinal and jurisprudential recognition of “natural” or “implied” fundamental rights or create constitutional norms that allow (only parliamentary) lawmakers to establish duties of life and death.

The first word in the secular constitutional state is that of human legislation. Insofar as life and death are considered, bio-policies need to be transformed into bio-legislation. The legislation has to be consistent with written or unwritten fundamental rights and fundamental principles of human dignity, that can be linked to freedom of conscience as well as to religious concepts. Today, the protection of Human Dignity under European constitutions requires a prohibition of the death penalty as well as an active protection of the right to life against violence that “can allow recourse to lethal force”.³ The right to dignity is often used as an umbrella for a right to life, but it also implies a right of self-determination through a “last word” – or, from a religious point of view, “penultimate word” – of the human person. On the other hand, freedom combined with proportionality requires to make prohibition to state agents or private defenders to use arms for killing a human person. If the ending of life can't be a duty to be enforced, another question is to what extent the beginning and continuation of life could become an enforceable duty. For this question even further fundamental rights and duties of solidarity as well as power related fundamental constitutional principles could matter.

2. How judges get more and more involved in life-end questions: comparative background

In order to be taken seriously, private “last words” need to be respected not only by family members, friends and doctors, but even by public administrations and jurisdictions. Administration could serve interests of public security and welfare, including bioethical interests. Ordinary civil, criminal or administrative jurisdiction can resolve conflicts through bio-jurisprudence.⁴

³ ECHR 27. 9. 1995, McCann v. UK.

⁴ D. VOLLMERT, *Richter über Leben und Tod? Die Rolle des Richters bei der Realisierung von Patientenautonomie am Lebensende*, Hamburg, Kovac, 2005.

Even conflicts between judges and governments happen at an increased rate. For example, a judge of Hamburg denounced Chancellor Merkel for apology of crime when she said that she was happy for the death of Bin Laden.⁵

And in *Hurst vs. Florida*, the US-Supreme Court held that Florida's death penalty sentencing scheme, in which jurors make capital punishment recommendations and judges make the final decision, is incompatible with the Sixth Amendment, which requires jurors, rather than judges, to find each fact necessary to impose the death penalty.⁶ From this point of view it is not the judge, but rather the jury that has to decide over death penalty and the judge can't override the decision of the jury. In Europe, death penalty has been abolished and the context of Foucault's observations on bio-politics has been completely changed. European judges can't decide any more for death penalties, but what about the freedom to die and the duty to stay alive?

The question was first raised in *Cruzan v. Director Missouri Department of Health* (1990).⁷ The US Supreme Court found that it was not unconstitutional to require "clear and convincing evidence" of a patient's wishes for removal of life support (advance health directives). Scalia's concurring opinion defended the prohibition of suicide quoting Blackstone and held "that the point at which life becomes "worthless", and the point at which the means necessary to preserve it become "extraordinary" or "inappropriate", are neither set forth in the Constitution nor known to the nine Justices of this Court any better than they are known to nine people picked at random from the Kansas City telephone directory". Brennan's dissenting opinion defended "the right to be free from unwanted medical attention" against the State: "The only state interest asserted here is a general interest in someone's life, completely abstracted from the interest of the person living that life, that could outweigh the persons choice to avoid medical treatment."

In the case *Rodriguez* (1993), the Canadian Supreme Court argued that the fundamental principle of "sanctity of life" excluded yet a freedom of choice in the self-infliction of death: "no new consensus has emerged in society opposing the right of the state to regulate the involvement of others in exercising power over individuals ending their lives."⁸

After the failure of popular ballots in Washington 1991 and California 1992, a small consensus of voters decided in 1994 in favour of the Death with Dignity Act (DWDA) of Oregon. In *Lee v. Oregon*, an injunction was granted upon the challenge of a violation of the federal Constitution, in 1997 dismissed by the Ninth Circuit Court of Appeals when even a repeal failed. Other state legislations followed in Washington (2008), Vermont (2013), California (2015), Colorado (2015), District of Columbia (2015) and Hawai (2018). In the case

⁵ Die Welt, 6. 5. 2011.

⁶ 577 U.S. ___ (2016).

⁷ 497 U.S. 261.

⁸ 3 SCR 519 Rodriguez (1993)

of Dianne Pretty, the UK-High Court observed that assisted suicide was legalised only in Oregon, Switzerland and the Netherlands and hold that human dignity “is not the right to die in dignity, but the right to live with as much dignity as can possibly be afforded, until that life reaches its natural end.”⁹

In first approximation, the judges of common law countries seem to have been more reluctant to recognize a right to die in dignity. Nevertheless there are some significant exceptions, specially but not exclusively in contexts of federalism.

The Montana Supreme Court decided the “legalisation” of physician assisted dying in the case *Baxter v. Montana*, stating that “nothing in Montana Supreme Court precedent or Montana statutes indicating that physician aid in dying is against public policy” (2009).¹⁰ The Supreme Court of British Columbia ruled in 2012 that provisions in the Criminal Code prohibiting doctor-assisted suicide, if applied to severely disabled patients capable of giving consent, infringe the Charter, “and are of no force and effect to the extent that they prohibit physician-assisted suicide by a medical practitioner in the context of a physician-patient relationship”. Quebec legalized it in 2014 and in 2015, the Canadian Supreme Court overruled *Rodriguez* and suspended its ruling, giving the federal government 12 months to amend the laws.¹¹ On the other hand, in 2016 the State Supreme Court of New Mexico overruled a district court ruling that in 2014 proclaimed physician-assisted dying in the state a right, considering the matter reserved to executive and legislative branches.

Even in the Netherlands, a civil law country that prohibits constitutional review of law, the Euthanasia legislation of 2002 was preceded by corporative recommendations and judicial decisions. Already in the *Schoonheim* case of 1984, the Hoge Raad (Dutch Supreme Court) allowed the physician to invoke the defence of a state of necessity (*force majeure*) at least in unbearable and hopeless situations, conditions that have been by later decisions.¹²

So if one looks at the powers at the origins of the right to die in dignity, we find strong inputs of direct democracy in Oregon and other west-coast states and expectations of a “new consensus in society” expressed in *Rodriguez*, but even expectations that it could be a last piece of the civil rights revolution expected to be written by legislatures or courts. Nevertheless, the common law judges themselves felt frequently uncomfortable with these expectations. Cass Sunstein observed in 1996 that the conscience of the judge asks to mobilise the conscience of others: “It is not the Supreme Court but these other arenas-state

⁹ A violation of art. 2 ECHR was denied by ECtHR, 29. 4. 2002, *Pretty v. UK*.

¹⁰ *Baxter & others v. State of Montana* (2009), MT DA 09-0051, 2009 MT 449.

¹¹ *Carter v. Canada* (Attorney General), 2012 BCSC 886 and 2015 SCC 5.

¹² 27. 11. 1984, *Nederlandse Jurisprudensie*, 1985, no. 106. E. PANS, *The Normative Context of the Dutch Euthanasia Law*, in S. YOUNGNER, G. KIMSMA (eds.), *Physician-Assisted Death in Perspective: Assessing the Dutch Experience*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 71 ss.; M. ADAMS, J. GRIFFITH, *Comparative Law as an Act of Modesty*, in M. ADAMS, Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 289.

legislatures, prosecutors' offices, hospitals, and private homes—that should decide whether, when, and how to legitimate a 'right to die'.¹³

While the prudential modesty of common law judges asked to wait for the bio-politics of legislators and civil society, civil law culture judges were less reluctant and less tolerant with the silence of the lawmakers. The Italian experience shows that the judges conscience led them into various temptations.

3. A judge claims a right to conscientious objection against the abortion of a minor (1987)

In Italy, legislation on abortion was changed first by a decision of the Constitutional Court¹⁴ and then by Law n. 194/1978 which was later upheld by a popular referendum. The law demands physicians to assess the serious danger necessary for allowing an abortion, grants them a right to make an a priori conscientious objection and obliges judges to authorise the abortion of a minor in place of the parents or legal tutors. The latter duty was that recognized to challenged by a judge of Naples that claimed a right to conscientious objection similar to physician and suspended the authorisation asking for a preliminary ruling of the Constitutional Court. The Court dismissed the question of constitutionality because the judge was not in a situation similar to that of physician and the judges freedom to decide in coherence with his own *conscientia virtutis et vitiorum* shall be limited to the benefit of the necessary neutrality and the regular exercise of jurisdiction in a way that ensures that justice can be done. The general duty to adjudicate “with conscience” was recognized at the end of the Fascist Regime in Art. 4 Law no. 478/1946, but in the view of the Court conflicts of conscience could be avoided through ordinary instruments of court organisation.¹⁵

The problem of this case was that the judge's conscience even with the negative answer of the constitutional judge prevailed over the conscience of the minor. The procedure of authorisation was suspended for the whole length of the constitutional court procedure, more than 30 months, with the full name of the applying minor published in the *Gazzetta Ufficiale*. It has never been clarified whether the abortion has been performed at the minors and the physicians full risk or not. The judge acting in the interest of the unborn and for its own convictions more than in the supreme interest of the minor, did not recuse himself because of his conflict of cultural interest, but asked to consider his private interest

¹³ C. SUNSTEIN, *The Right to Die*, 106 *Yale Law Journal*, 1163, (1996).

¹⁴ Corte costituzionale, sent. n. 27/1975.

¹⁵ Corte costituzionale, sent. n. 196/1987.

colliding with the law when exercising the power to start a proceeding for a preliminary ruling in the Constitutional Court.

The Court's decision underlined that independent judges should not be sanctioned for their decisions and probably no disciplinary proceeding has been started. As a matter of fact, the procedural choice of the judge to challenge the constitutionality of the law implied a vindication of a power over life and death of the unborn.

The right of a judge to conscientious objection in cases of bio-law has been recently debated even in other catholic countries like Poland.¹⁶ If a judge believes that his judgment could be troubled by his religious belief or by the supervisors of his religious conscience, he might have the duty to refuse the judgment and ask for substitution in a way that no petitioner of justice has to suffer delay. In a secular state, judges should avoid to use their subjective conscience as a title against the law, because otherwise the feeling of the sanctity of life might vindicate a power over human life and death and people could fear the end of the judges' general subjection to the law and the beginning of a judicial tyranny.

4. Judges allow to withdraw fluids and feeding in vegetative coma (Englaro 2009)

In 1992, 21-year-old Eluana Englaro was involved in a car accident, leaving her in a permanent vegetative state (PVS) with irreversible cerebral damages.¹⁷ Following a visit to her friend who was at that time in the same condition she expressed verbally the desire not to be kept artificially alive 'attached to a pipe'. Her father was nominated her guardian in a special "incapacitation procedure" and asked the court for authorisation to stop alimentionation which was granted only in 2008 after a ruling of the Supreme Court that declared withdrawal of artificial nutrition and hydration permissible if the patient's condition is certified to be irreversible and artificially prolonging the patient's life is inconsistent with his or her express wishes, character, or outlook on life.¹⁸ The Court of Appeals of Milano granted the authorisation referring also to the cases of Hervé Pierra (France) and Tony Bland (UK).

Several conservative and catholic MPs obtained a majority in both chambers for the initiation of a conflict of competence procedure in the Constitutional Court claiming that the authorisation would violate the legislative power in already pending legislative procedu-

¹⁶ S. MAZURKIEWICZ, *Judge as Conscientious Objector – Analysis Based on Cultural Exemptions Theory and U.S. Law*, in *Polish Review of International and European Law*, 2017, 73ff.

¹⁷ For a detailed reconstruction S. MORATTI, *The Englaro Case*, in *EUI Working Paper MWP*, 2012/04. <http://cadmus.eui.eu> and G. GENTILI, T. GROPPI, *Italian Constitutional and Cassation Courts: when the right to die of an unconscious patient raises serious institutional conflicts between state powers*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2011, 73ff.

¹⁸ Corte di cassazione, 14. 11. 2008, no. 27147. In Italian: <http://bit.ly/IeEtMw>.

res. The Constitutional Court declared the applications inadmissible because the judges had decided over a case and did not produce norms and the Parliament asked substantially for an opposite judgment, being free to bring the legislative procedure to an end.¹⁹ The national and regional governments tried to order the prosecution of alimentation as basic care, but the administrative court struck down the order and even decided to recognize damages to the family (2016). The President of the Republic refused to sign a new governmental emergency decree prohibited withdrawal until an organic legislation has been approved by parliament. The Strasburg court declared a further recourse of pro-life associations inadmissible.²⁰ The alimentation was stopped and Eluana Englaro finally died after 17 years of coma while the Senate was debating a new legislation. A criminal proceeding was opened and closed without punishments and the father was later elected as a MP. The case was without precedent and has been strongly debated over the last years.²¹ The judges decided to authorize the decision of the father, to be carried out by physicians, to respect a former unwritten will of the patient and refused to wait for the ending of a law-making procedure in parliament.

The question was: what happens if the legislator is unable or unwilling to decide a regulation of a practice that is yet neither commanded nor forbidden and that, from an individual liberal point of view should therefore be free, from a communitarian point of view should therefore need a specific permission? The answer could depend from secular and religious options. The Italian state being pope-friendly, but secular, the decision not to wait neither for the decision of god to end this life, nor for the decision of the lawmakers to produce adequately balanced rules was probably neither cynical, nor hypocritical, but rather “civil and civic” in the sense that it could (and should) not be taken as a normatively binding precedent.

5. A judge challenges the law in order to increase judicial power over guardians (X 2017)

The law no. 219/2017 finally established a new “relationship of care (cura) and trust between patient and physician ... where the decisional autonomy of the patient meets the competence, professional autonomy and responsibility of the physician” (art. 1 s. 2). The law calls on various rights guaranteed by the Constitution and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, not the European Convention of Human Rights, and recognizes the right of the patient a) to decide on any health care treatment through informed

¹⁹ Corte costituzionale, no. 334/2008.

²⁰ Ada Rossi and Others v. Italy, 22. 12. 2008.

²¹ See J. LUTHER and others in: *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, (Roma, 5 marzo 2009) http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Luth/Luther_Seminario-Astrid_caso-Englaro_05_03_09.pdf

consensus (art. 1 s. 1), b) to know the own conditions of health in order to be enabled to express informed consensus, c) to renounce to similar information, d) to delegate the expression of informed consensus (art. 1 s. 3), e) to refuse or renounce to diagnosis and treatments, f) to revoke the consensus (art. 1 s. 5). Furthermore, the law establishes a duty of the physician to offer a palliative therapy, even in deep and continuative forms, and to avoid unreasonable obstinacy in other therapies (art. 2). Minors have the right to get adequate information, but need to be represented by their parents, meanwhile elders can be represented by persons authorized to support their self-administration (amministrazione di sostegno). If they refuse the informed consensus, the physician can ask a judge to decide (art. 3 s. 5). Every adult can make a written or equivalent certified forms of expression called “advance directives of treatment” (disposizioni anticipate di trattamento - DAT) that expresses consensus and refusal of specific health treatments and have to be registered by the local administration and respected by the physician unless the DAT is “obviously incongruent and doesn’t correspond to the present clinical condition of the patient” or there are available “therapies not expectable at the moment of the signature and that are able to offer concrete chances to better the life conditions”. In cases of a conflict between a fiduciary and a physician, the latter can ask again for a decision of the judge (art. 4 s. 5). A judge of the civil court of Pavia decided to challenge the constitutionality of the provision that allows the court appointed guardian for support administration, if vested with a power of assisted or exclusive representation in the field of health services, to refuse informed consensus on the basis care for PVS-patients without any prior authorisation of the judge.²² The Constitutional Court has not yet decided and could even dismiss the question as inadmissible because of not being strictly relevant for the decision whether to confer or not the guardianship with a power of representation in health service affairs. In the meantime, the judge participated to a public meeting of catholic lawyers in order to gain public support on the matter.²³

At any case, the decision of the legislator to leave the decision over the prosecution of basic care for a PVS-patient to the court appointed guardian and the physician, giving the judge only the last word in cases of disagreement, is considered by this judge as unreasonable because the right to refuse treatments should be “personalissimo”. For the future, the problem can be avoided by a DAT, but ca. 3.000 existing PVS-patients never had the chance to do so and their guardians and physicians are practically condemned to wait for the decision of the Constitutional court. For the past and the pending cases, the legislator seems to have entrusted the solution to guardians and physicians, with no legal opportu-

²² Tribunale Pavia, ordinanza 24.3.2018, in www.biodiritto.org. The question has been surprisingly commented by the assistant of constitutional judge: B. LIBERALI, *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, (25.6.2018), in www.forumcostituzionale.it.

²³ <http://ilnuovogiornale.it/archivio-articoli/appuntamenti-diocesani/1183.html>.

nity of conscientious objection. The judge considered this a surprising and unreasonable choice, being the guardians obliged to ask for the judges authorisation for all mayor decisions regarding the patrimony, but not for a decision to end life.

Nevertheless, to make a general prohibition and grant a power of authorisation to the judge in similar situations where no right to die and no duty to survive has been recognized, could not be the only reasonable way out for the legislator and be an inadmissible manipulation of the law n. 219/2017. Alternatives could be more sophisticated procedures with the prior involvement of bioethical commissions, a duty of written motivation of the decision of the guardian and the physician and perhaps even an ad-hoc procedure for the adoption of PVS-patients.

6. The constitutional judge “allows” a reform of the crime of assisted suicide (Cappato 2018)

The aforesaid law changed only the civil law, not art. 580 of the Italian criminal code of 1930:

“Anyone who instigates others to suicide or reinforces the intent of another to commit suicide or facilitates in any way to carry it out, shall be punished, if the suicide occurs, by imprisonment from five to twelve years. If the suicide doesn’t occur, he shall be punished by imprisonment from one to five years, as long as there is a grave or very grave injury resulting from the suicide attempt.”

The punishments are increased if the crime is committed against a minor over 14 or with mental, psychologic handicap o depended from alcohol and drugs. The sanctions for murder apply if it is a minor under 14 or person unable to understand and decide.

Even prior to the approval of law no. 219/2017, a former radical deputy of the European Parliament and leader of the Associazione Luca Coscioni, Marco Cappato, drove Mr. Fabiano Antoniani, a former DJ rendered by a car accident paraplegic and blind and suffering pains, his mother and mother to the clinic Dignitas where he participated to an assisted suicide procedure under medical supervision in conformity with the Swiss law. Under art. 115 Swiss criminal code, assisted suicide is punished only if committed for “selfish motives”.

The Public Prosecutor was constrained to open a criminal proceeding, but plead for acquittal. The Court of Assise of Milano excluded any instigation and reinforcement of the intent to commit suicide, but hold that there has been facilitation. It decided to suspend the proceeding and referred to the Constitutional court the question whether the aforesaid article is

(1)incompatible with the principle of equality, personal freedom and the principle of primacy of international law applied to articles 2 and 8 ECHR “insofar as it punishes the conduct of help in alternative to instigation, independently from its contribution to the instigation or the reinforcement of the intent of suicide”,

(2) incompatible with the principles of equality, personal freedom, *nullam poenam sine legem* and compatibility of punishments with the sense of humanity “insofar as it provides that the conduct of facilitating to carry out a suicide without instigation and reinforcement of the intent to commit it, shall be punished with an imprisonment from 5 to 10 years, with no distinction from the conduct of instigation”.

The Court quoted the precedents of Welby and Englaro and of the ECtHR in the cases Haas v. Switzerland (2011) and Gross v. Switzerland (2014) and hold that the legal recognition of a “right to self-determination related to when and how put an end on one’s own existence” through law n. 219/2017 would imply that the mere facilitation can no more be punished as a violation of this freedom. This argumentation has been criticised because Switzerland is not Italy and the freedom to “let myself die” could be different from the decision to take a lethal drug.²⁴

The Constitutional court decided to delay the decision and issued the following press release:

“In today’s closed session, the Constitutional court has found that the present normative framework regarding life end leaves without adequate protection certain situations worthy to be safeguarded and to be balanced with other constitutionally relevant goods. In order to allow first of all the Parliament to intervene with an appropriate legislation, the Court decided to postpone the discussion of the question of constitutionality of art. 580 Criminal Code to the hearing of 24th of September 2019”.

This is a quite new form of procedural decision that is not contemplated by the legal framework of Italian constitutional justice where declarations of unconstitutionality of laws can’t be made with delayed effects *pro futuro* like in Austria or freeze the application of the merely incompatible (*bloss unvereinbar*) law like in Germany.

The comparative law matters. In Haas v. Switzerland the ECtHR concluded: *“However, the research conducted by the Court enables it to conclude that the member States of the Council of Europe are far from having reached a consensus with regard to an individual’s right to decide how and when his or her life should end”*. In Koch v. Germany (2012), the ECtHR recognized that only in Switzerland and the Benelux-countries as well as in Sweden and Estonia, assisted suicide has been at least partially legalised. Germany itself decided in 2015 to restrict criminalisation to “businesslike” (*geschäftsmäßige*) organised assistance (§ 217 criminal code), but a proceeding of constitutional review is still pending in Karlsruhe and a preliminary injunction in order to allow assisted suicide by suspending a recent reform act was denied.²⁵

²⁴ See f. ex. M. RONCO et al., in <https://l-jus.it/wp-content/uploads/2018/10/L-JUS-fascicolo-speciale-ottobre-2018.pdf>; A. Morrone, G. Di Cosimo et al. in: <https://www.radioradicale.it/scheda/554071/il-caso-cappato-davanti-alla-corte-costituzionale>.

²⁵ BVerfG, Decision 21. 12. 2015 - 2 BvR 2347/15. The public hearing was in march 2018. For an amicus curiae defence see for ex. https://www.palliativstiftung.de/fileadmin/images/service_aktuelles/downloads/2017-02-25__Stellungnahme__

In France, only “provocation” and “propaganda” is punished with up to 3 years imprisonment, if the provocation is committed on minors up to 5 years (art. 221-13, 14). Even in Greece, only the inducement is punishable (art. 301).

In Spain, instigation is punished from 4 to 8, cooperation from 2 to 5 years, but shall be reduced if it is requested by a conscious and suffering person (art. 143).²⁶

With the exception of Denmark, where assisted suicide is punished with imprisonment not exceeding 3 years (art. 240), the Scandinavian countries (Norway, Finland, Sweden) don't have specific provisions for assisted suicide that risks nevertheless to be punished as a lighter case of assistance to manslaughter. In Latvia, only leading to suicide is punished with imprisonment not exceeding 3 years [section 124 (2012)].²⁷

Other codes punish both, instigation and aid, without differentiation, but the Italian criminal code provides much harsher punishments than other European criminal codes.

A harsh punishment up to 14 years of imprisonment, but without any minimum, was established only in the UK by the Suicide Act of 1961 and in Ireland by the Criminal Law Suicide Act 1993. Even in Malta, no minimum is provided and the maximum is imprisonment for 12 years.

The Austrian punishments vary from 6 months to 5 years (art. 78)²⁸, Polish punishment from 3 months to 5 years (art. 151), Hungarian punishments have no minimum and the same maximum (art. 168). In Albania, only suicide caused by holders of specific social solidarity duties is punished from 3 to 7 years [art. 98 (2013)].²⁹

DPS__217_StGB.pdf.

²⁶ Artículo 143. 1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.

²⁷ “Section 124. Leading to Suicide. (1) For a person who commits leading a person to commit suicide or attempt suicide by cruel treatment of the victim or systematic demeaning of his or her personal dignity, if such person has not been in financial or other dependence upon the offender, the applicable punishment is deprivation of liberty for a term not exceeding three years or temporary deprivation of liberty, or community service.

(2) For a person who commits the same acts with regard to a person who has been in financial or other dependence upon the offender, the applicable punishment is deprivation of liberty for a term not exceeding five years or temporary deprivation of liberty, or community service, with or without probationary supervision for a term not exceeding three years.”

To lead a victim to suicide is even a reason for higher punishments in several crimes of the Estonian Penal code. See https://www.rsu.lv/sites/default/files/dissertations/A%20Gabrieljans_kopsav_ENG_A4.pdf.

²⁸ Identical art. 78 Criminal Code Liechtenstein.

²⁹ “Causing suicide or a suicide attempt to a person because of the systematic maltreatment or other systematic misbehaviors which seriously affect the dignity, committed by another person being the superior, or by the person having family or cohabitation relation shall be punished three up to seven years imprisonment”.

Some countries followed the Italian distinctions, but not the harshness. In Portugal, the punishment can't exceed 3 years, if committed on minors under 16 years or non autonomous persons from 1 to 5 years (art. 135). In Slovenia, solicitation to and assistance in suicide is punished for not less than 6 months and not more than 5 years, for minors over 14 years and less autonomous persons from 1 to 10 years and for minors under 14 years and not autonomous persons "according to the prescription for murder" (art. 120). In Croatia, assisted suicide is punished by imprisonment not exceeding 3 years, if qualified from 1 to 8 years (art. 114 (2011)). In the Czech Republic the basic crime is punished up to 3 years, if qualified from 2 to 8 years (art. 144 (2009)). In Slovakia, participation in suicide is punished with imprisonment from 6 month to 3 years or 3 years to 8 years if the offender is "acting in a more serious manner, against a protected person, or by reason of specific motivation." (art. 154). In Bulgaria, normal assisted suicide shall be punished by imprisonment from 1 to 6 years, if committed on minors or not autonomous persons from 3 to 10 years [art. 127 (2010)]. In Romania, the basic punishment is from 3 to 7 years, if committed against juveniles (13-18) from 5 to 10, against children from 10 to 20 (art. 191).

This comparative panorama shows on the one hand that European legislators are still free to liberalize assisted dying or not and have a large range of options how to punish assisted suicide, but on the other hand there is a clear trend from harshness to meekness. The Austrian Constitutional decided in 2016 that the prohibition of an "association for self-determined dying" based on the Austrian criminal code was not incompatible with art. 11 s. 2 ECHR if the legislator "holds a general prohibition of assisted suicide necessary for the protection of health and morals or for the safeguard of rights and freedoms of others".³⁰ In the Italian case the lawmakers might nevertheless be obliged by the constitution to be coherent and mitigate not just the civil law governing the relationship between patient, physician and relatives, but also reasonably the criminal law punishing instigation and aid to suicide (arg. art. 3) in a context of criminal law committed to meekness and to safeguard a general "sense of humanity" (arg. art. 27 (3) Const.). If compared with other European criminal law cultures, the Italian harshness of the punishments for assisted suicide could be considered anachronistic and no longer consistent with proportionality. To qualify assistance to suicide tourism today as one of the highest and most alarming crimes that needs to be reserved to the competence of the Court of Assise with popular judges means to rely on a popular legal conscience that might have changed over the last generations.

For the moment, the constitutional judges declared only a principle of unconstitutionality of the law under review, that could be considered to be not avoidable by the technics of interpretation in conformity with the constitution. They decided to "allow" the parliament to make a non scheduled maintenance of the book of crimes, with only one bill pending that has been advanced by a popular initiative and aims at legalizing euthanasia under

³⁰ Verfassungsgerichtshof (VfGH), 8. 3. 2016, E1477/2015.

the same conditions that have been defined for advance directives.³¹ Is it just a warning or could it be read even as an implicit endorsement of the project of popular legislation promoted also by Mr. Cappato himself? The proposal was already pending when the parliament enacted law no. 219/2017. At that time the legislator decided to admit the advance directive, but not to legalize active euthanasia. Should this debate be reopened by the early warning of the Court? This is the expectation of Mr. Cappato, but the Court did of course neither make an endorsement to the popular legislation initiative, nor enforce simply an amendment to law no. 219/2017. The time for a new debate over legalising euthanasia could not be sufficient and a governmental initiative would be the best way out. But what will happen if the lawmakers in government and parliament don't take the warning of the constitutional judges seriously? Various scenarios for the conclusion of the constitutional proceeding without legalisation of euthanasia could be prospected. One might consist in a declaration of partial unconstitutionality of art. 580 of the Criminal code insofar as it establishes a minimum of 5 years imprisonment for the punishment. This solution would allow mitigation, but increase indeterminacy of the law and enhance the judicial power of the Court of Assise. A second possible conclusion would be to declare the aforesaid article unconstitutional insofar as it doesn't prescribe that the 5-year-minimum and the 12-year-maximum can be reduced by the judge in cases of mere facilitation, when facilitation is not combined with instigation. Even this solution of a derogation norm would again increase indeterminacy of the law and enhance the judicial power. A third possibility would be to declare the aforesaid article unconstitutional to the extent that the facilitation of assisted suicide is punished even if the suicide is carried out in a State where assisted dying is not punished. And a fourth possibility would be to declare art. 580 c.p. tout court unconstitutional insofar as it does not respect the constitutional principle of equality, liberty and reasonableness, recognizing a duty of the parliament to reform the article and a power of the judges to suspend pending proceedings until the reform happens.

The variety of the outcomes is a strong argument for the necessity to safeguard the discretionary power of the legislator. In the past, the Constitutional court decided to declare similar questions inadmissible because they required a choice among a plurality of legislative solutions that would transform the constitutional judge from a negative in a positive legislator. Now the Constitutional court can't decide first an early warning to the legislature and at the end dismiss the question as inadmissible, because the procedural decision on the delay has been grounded on a consideration of the merit. The main problem is that the final judgment of the constitutional judge could be made without any assessment of the consequences of that choice for the suicide rate.

The constitutional judges didn't gain a concrete power over death and life, but might feel quite uncomfortable in conscience.

³¹ <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2.18PDL0001020.pdf>

7. Final observations

Life end questions are more and more pushed to courts. People assign to the judges a power to decide over life and death, but the legitimacy of such a power is far from being consolidated.

The distrust in such a judicial power is not a completely new experience. Already during enlightenment, the fear of judicial tyranny was referred to life and death jurisprudence: “ein Richter über Leben und Tod muß uns fehlbar seyn, wie die Inquisition in Spanien” – a judge over life and death must be for us as fallible as the inquisition in Spain”.³² Today, constitutionalism could offer better protection, but not a fully efficient vaccination.

The cases here examined, but even the cases of Lambert in France and Alfie in the UK,³³ the guidelines of the Indian Apex for euthanasia and the still pending appeals against the suspended decision of the Court of Rajasthan to stop Sallekana and Santhara rituals of Jainism³⁴ as well as the pending proceedings in the German constitutional court on the prohibition of businesslike assistance and many others show that judges are expected to get more and more power over life and death.

Under conditions of limited general and legal multiculturalism, the end of life law is still characterised by fragmentation and legal tourism for rich people, not yet a global humanitarian law based on uniform concepts of dignity. Human dignity as a contrary of misery means not just the heroism or patience of the individual at life end, it is even a concept open for ethical and moral dialogues and open procedures. By virtue of human dignity, the individual has always a right to the first word as a right to be heard. The right to human dignity can't be disjoint from other fundamental rights such as the right to life and health care of the patient, the right of families to take care of him, the rights of the doctors to self-determine their job. It can't be disjoint from the rights of conscience of all persons involved, even if conscience might be troubled by conflicts of interest.

All need to be heard and respected, but if conflicts raise and can't be resolved by mediation, judges can have a word that commands the sword. This includes a power over life and death that can't be completely bound by the legislator. The living law of bio-jurisprudence always needs balance and prudence. The balance includes the fundamental principles, being human dignity the first, but not the sole principle and always linked to other fundamental principles such as freedom, equality and solidarity. The prudence includes self-restraint and modesty, a virtue that can't be enforced by the lawmakers.

³² F. ZACCARIA, *Briefe aus Rom über die Aufklärung in Österreich*, Frankfurt 1785, https://books.google.it/books?id=8kCW5A8Ss7YC&printsec=frontcover&hl=it&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

³³ For the Italian debate see, *inter alia*, D. SERVETTI, *Dopo Charlie e gli altri “casi Gard”, ripartiamo da alcune domande, in Corti supreme e salute*, 2018, 1.

³⁴ Supreme Court, 09/03/2018, common cause (a regd society) vs union of india https://www.sci.gov.in/supremecourt/2005/9123/9123_2005_Judgement_09-Mar-2018.pdf, 31/08/2018; Rajasthan High Court, Nikhil Soni vs Union Of India & Ors. on 10 August, 2015, <https://indiankanoon.org/doc/173301527/>.

In “The Children Act”, a drama written by Ian Ewan and a film directed by Richard Eyre, the heroism of the judge Fiona reveals a human incompleteness and that the power of the judge to order lifesaving blood transfusions never implies a final word.

Autodeterminazione e relazionalità nella tutela della salute*

Filippo Pizzolato**

SOMMARIO: 1. Il dilemma e l'inquadramento costituzionale; – 2. La tensione alla soggettivizzazione; – 3. La questione delle mediazioni; – 4. Il caso delle DAT: una soluzione costituzionalmente orientata?

ABSTRACT:

Tra un ethos libertario e visione relazionale, costituzionalmente ispirata, dello svolgimento della personalità l'equilibrio non è semplice. Anche in sanità. Il contributo propone come criterio di orientamento la distinzione tra un potenziamento dell'autodeterminazione in quanto espressione insindacabile di volontà e il rafforzamento dell'autonomia individuale entro una rete relazionale e non disgiunta da una tensione partecipativa. Si analizza l'esempio, costituzionalmente ispirato, della legge sulle DAT.

Between a libertarian ethos and a relational vision, constitutionally inspired, the balance is not simple. Also in healthcare. The contribution proposes as an orientation criterion the distinction between an empowerment of self-determination as the unquestionable expression of individual will and the strengthening of individual autonomy within a relational network and not separated from a participatory tension. The example, constitutionally inspired, of law about DAT is analyzed

1. Il dilemma e l'inquadramento costituzionale

La salute può essere considerata una condizione personale complessiva, alla stregua di un principio, o specifica; ma anche un diritto e una materia. In queste diverse accezioni, la salute confina con vita e sicurezza che sono valori fondativi di ogni convivenza politica.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. L'articolo nasce come relazione svolta al seminario "Il diritto alla salute e i suoi confini: una complessa definizione", svoltosi all'Università di Padova il 10 maggio 2018.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Padova, filippo.pizzolato@unipd.it.

Come la vita e la sicurezza, la salute confligge con l'ontologica finitudine umana, dando origine a strutturali tensioni entro l'ordinamento, perché una pretesa impossibile resti nel confine del ragionevole. Intesa come diritto, la salute cumula su di sé i tratti della libertà (negativa) e del diritto sociale¹.

Non potendo affrontare una tale molteplicità di profili, si porrà al centro della riflessione un dilemma², attorno a cui si addensano alcune problematiche attuali e controverse concernenti il diritto alla salute o il diritto della salute. Sembra cioè profilarsi un approccio alla salute, culturalmente prevalente e accolto talora normativamente (e giurisdizionalmente), per cui questa consiste in un ambito di scelte individuali presidiato da diritti soggettivi, in spazi di esercizio di autonomia, intesa nella forma forte – volontaristica – dell'auto-determinazione³; su un altro fronte – culturalmente recessivo, ma non certo irrilevante – si muove l'interpretazione della salute come ambito «oggettivo» dell'ordinamento, su cui si riflette una grammatica necessaria, un'infrastruttura o perfino un *ethos* della convivenza, in cui sia fatta valere o prevalere una dimensione sociale, relazionale o per taluni morale⁴, espressione di principi che si vorrebbero condivisi, attorno a fatti essenziali del vivere, come il nascere, l'ammalarsi e il morire. Non v'è dubbio che le società si costituiscano storicamente attorno ad interdetti⁵, che riguardano proprio le questioni fondamentali del vivere e del morire⁶. Ciò nondimeno, questa trama, che non ha però un'estensione fissa e codificata, può essere vista appunto, in questo o quello snodo, come il segno di un legame essenziale oppure contestata come il veicolo tralatizio di una costrizione comunitaria.

¹ B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto alla salute*, in C.E. GALLO-B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 32; A. SIMONCINI-E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 2006, p. 657. Per una ricostruzione sistematica, v. M. LUCIANI, *Salute. I) Diritto alla salute – Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Treccani, Roma, 1991.

² Nei termini in cui ne parla S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 369 e 380; in termini diversi, tra un indirizzo permissivo e uno impositivo, la questione è impostata da C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, pp. 6-7.

³ ...la cui radice filosofica è la «kantiana autonomia della volontà», come sottolinea C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 50.

⁴ Per una presentazione di questo approccio, in termini critici: G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto Pubblico*, 2008, p. 111; in termini invece adesivi: F. ZANUSO, *Introduzione. Per un biodiritto dialettico*, in F. ZANUSO (a cura di), *Diritto e desiderio. Riflessioni biogiuridiche*, Milano, Franco Angeli, 2015, p. 12.

⁵ Mentre al desiderio è estranea la dimensione del limite, sicché su di esso non può fondarsi «l'intersoggettività», né «il necessario bilanciamento dei diritti e degli interessi protetti», come scrive F. ZANUSO, *Introduzione*, cit., p. 21.

⁶ Si pensi al divieto dell'incesto, fondamentale norma di apertura delle società. V. C. LÉVI STRAUSS, *Le strutture elementari della parentela*, tr. it., Milano, Feltrinelli, 2003, p. 91.

Tale questione interessa la salute ma è riflesso di una questione più ampia e anzi complessiva⁷, che investe la necessità e i limiti di una dimensione *comunitaria* della convivenza, intesa quale luogo essenziale di radicamento e di svolgimento della persona, ma anche – nel passato, ma non solo – di una non infrequente costrizione e omologazione dell'individualità.

L'idea che anima questo contributo è che a tale dialettica, che pure coinvolge i grandi orientamenti etici, la Costituzione italiana non è indifferente e che dunque ci si può rivolgere, sempre che la si voglia interrogare, per trarne indicazioni aperte⁸, ma non eclettiche. L'orientamento che si può estrarre dalla Costituzione attinge sia a elementi di fondo, di principio, sia a disposizioni più puntuali. In relazione alla dimensione comunitaria, è chiamato in causa il personalismo costituzionale che valorizza le *formazioni sociali*, come luoghi di svolgimento della personalità⁹. Una tale impostazione sembrerebbe valorizzare la dimensione comunitaria, come riconoscimento dei legami che promuovono lo sviluppo della *persona*, di contro a una visione – che ispira altri ordinamenti - di individuo indipendente e irrelato¹⁰. Ciò nondimeno, le formazioni sociali sono riconosciute come e in quanto luoghi di una relazione dialogica, di tipo democratico, e insieme di apertura a ciò che sta – rispetto a quella specifica cerchia sociale – fuori e oltre. Tale doppio movimento, di dialogicità interna e di apertura esterna, è facilmente identificabile nel dettato degli artt. 29, 39 e 49 della Costituzione¹¹. Se per gli articoli 39 e soprattutto 49, si potrebbe ragionare in termini di relativa funzionalizzazione dell'autonomia di sindacati e partiti rispetto alla dialettica democratica dell'ordinamento, per la famiglia, «società naturale», questa considerazione ha una valenza indiretta. Eppure in tutti questi tre articoli, ferma restando la varietà delle situazioni normate, la Costituzione prescrive un'apertura di tipo dialogico-democratico alle formazioni sociali, condizionando a questo carattere il rilievo giuspubblicistico, extra-associativo, dell'attività delle stesse. Gli stessi diritti costituzionali sono raggruppati entro partizioni dedicate a «rapporti», a sottolinearne il necessario ambiente relazionale. Ancora sul piano dei principi, va ricordato che, nella Costituzione, l'autonomia individuale non è intesa come il punto di partenza dell'esperienza umana, alla stregua di una dotazione individuale originaria, ma, in ultima analisi, come *il* «compito della Repubblica» e dunque l'esito di un impegno che coinvolge i cittadini, singoli e associati, e le istituzioni.

⁷ A cui, tra i costituzionalisti, ha, da ultimo, dedicato un'interessante e articolata riflessione F. PALLANTE, *Per scelta o per destino? La Costituzione tra individuo e comunità*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 5 ss.

⁸ A. RUGGERI, *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, p. 2.

⁹ Su cui il completo inquadramento di E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1989.

¹⁰ E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., pp. 39-42; P. POMBENI, *Individuo/persona nella Costituzione italiana. Il contributo del dossettismo*, in *Parolechiave*, 10-11/1996, pp. 197 ss.; F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, Vita e Pensiero, 1999; F. GIUFFRÉ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002.

¹¹ Riprendo questa tesi da F. PIZZOLATO, *Formazioni e ... deformazioni sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, pp. 137-140.

L'autonomia è conquistata necessariamente nella relazione e, per questo, accompagnata¹². Essa poi si traduce in una possibilità di partecipazione sociale, economica e politica. Tali impostazioni assiologiche si riflettono su tutte le sfere e i settori su cui l'ordinamento costituzionale getta luce¹³. E però, quando l'analisi scenda a disposizioni costituzionali più puntuali, non si può ignorare che l'art. 32 Cost. riconosce che la salute è «fondamentale diritto dell'*individuo*», oltre e prima che «interesse della collettività», con scelta terminologica chiara, che sembrerebbe, relativamente a questo punto, perfino voler attenuare l'impronta personalistica¹⁴. L'obiettivo repubblicano del conseguimento dell'autonomia non può dunque – almeno nelle scelte di salute – legittimare il «sequestro» della volontà individuale¹⁵. All'esito di questa prima ricognizione, tutta interna al dato costituzionale, appare tracciato un sentiero, ampiamente carrabile, per l'autonomia individuale in ambito di salute e che possiamo sintetizzare in questi termini: né abbandonata, né esautorata...

2. La tensione alla soggettivizzazione

La Costituzione esercita una sua forza normativa, che non deve essere sottovalutata¹⁶; ma vi sono anche, per così dire, lo spirito dei tempi e la cultura da questo prodotta e diffusa. E, a riguardo, aderendo a un'interpretazione largamente accreditata, si può sintetizzare dicendo che la modernità – politica e giuridica - si affermi nel segno dell'autonomia individuale e dell'autodeterminazione¹⁷; essa tende, quasi fosse una sua pulsione, a rimuovere i vincoli posti all'emancipazione del soggetto: dalla morale, religiosa o meno, ma perfino

¹² Di diritti «socialmente condizionati», con riferimento ai diritti sociali, ha parlato E. LONGO, *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, in *Diritto e società*, 2014, p. 74. Rinvio anche a F. PIZZOLATO, *Diritti sociali e livelli di intervento dei soggetti privati*, in *Nuove Autonomie*, 2006, pp. 329 ss.

¹³ Con riferimento specifico al contesto qui analizzato, C. QUAGLIARIELLO-C. FIN, *Il consenso informato in ambito medico. Un'indagine antropologica e giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 19, all'esito di una ricerca sul campo, annotano che «per quanto si parli sempre più spesso di pazienti autonomi e responsabili delle proprie scelte, molti sono apparsi i malati che presentano un atteggiamento di completo affidamento al personale medico»; *ibidem*, 229: «La rappresentazione del paziente come titolare delle proprie scelte si scontra infatti con l'importanza assunta dall'immersione dei malati in una rete di rapporti interpersonali che influenzano la costruzione delle proprie scelte. L'impossibilità di considerare i pazienti come soggetti individuali, o attori separati e separabili dal resto del gruppo sottolinea la valenza relativa del concetto di autodeterminazione delle proprie scelte. Da una parte, le opinioni dei propri cari giocano un ruolo importante. Dall'altra parte l'orientamento delle proprie scelte dipende dalle informazioni ricevute da parte dei medici».

¹⁴ Il riferimento all'individuo appare anche nell'art. 19, come forma («individuale» appunto) di professione della fede.

¹⁵ In ordine al *come*, al *quando* e al *se* della cura, come sottolinea B. PEZZINI, *Principi costituzionali*, cit., p. 9.

¹⁶ K. HESSE, *La forza normativa della Costituzione*, a cura di P. COSTA, Seregno, Herrenhaus, 2008; in particolare si v. P. COSTA, *Introduzione*, p. 6, in cui annovera la costituzione tra le «forze attive che determinano in concreto una data realtà statale e costituzionale».

¹⁷ Di «paranoia» della modernità, a proposito (di una certa visione) dell'auto-determinazione, scrive F. D'AGOSTINO, *Introduzione ai lavori: paranoie della modernità*, in ID. (a cura di), *Autodeterminazione*, cit., p. 2; di «legittimazione del desiderio» e di autonomia quale «assolutizzazione della volontà incoercibile ed insindacabile» parla F. ZANUSO, *Introduzione*, cit., p. 20. Cfr. anche H. HOFMANN, *La libertà nello Stato moderno. Saggi di dottrina della Costituzione*, tr. it., a cura di A. CARRINO, Napoli, Guida, 2009, 10, pp. 152 e 158.

dal condizionamento eteronomo proveniente dal legislatore; specificando in ambito sanitario, il bersaglio può estendersi al «paternalismo» del medico, ecc... Come ha sintetizzato un filosofo di impronta liberale, R. Dahrendorf, «l'avvento della civiltà moderna ha significato incontestabilmente un'espansione delle possibilità di scelta, ma solo al prezzo di lacerare le legature esistenti»¹⁸.

L'aspirazione all'autodeterminazione si iscrive con coerenza entro (e si accompagna a) un processo di «economicizzazione» della vita sociale, anch'essa un portato della svolta della modernità: si afferma cioè un'interpretazione delle questioni mondane come ambiti di scelta, riservati a un individuo dotato di preferenze preformate e caricato di corrispondenti responsabilità. È questo l'approccio dell'individualismo metodologico che, dall'originaria logica economica, colonizza lo stesso ambito giuridico. Si presume un soggetto razionale – descritto in veste archetipica di consumatore/utente – capace di scelta e provvisto di preferenze autonomamente formate. Su questi presupposti gnoseologici, Bruno Leoni ha elaborato una significativa teoria giuridica, che, in scia alle posizioni di Hayek, si spinge sino a contestare il diritto «fabbricato» da organi rappresentativi¹⁹. In questa cornice, che ha presupposti ideologicamente connotati, anche se tende a negarli e a presentarsi come scientifica e asettica, lo stesso welfare, comprensivo della sanità, è ripensato in chiave di libertà di scelta, di potenziamento cioè dell'autonomia individuale.

A rafforzare questa tendenza coopera l'impatto della tecnologia che squaderna all'individuo possibilità ulteriori di accesso, apparentemente non mediato, a beni e servizi e che preme sul diritto perché riconosca o regoli queste nuove facoltà²⁰. Dinanzi alla promessa (o alla minaccia) che «l'*homo technologicus* porterà a compimento il compito che la tragedia greca non aveva potuto realizzare, perché sottomessa ad una necessità (*anàanke*) crudele e più forte»²¹, nascono la bio-politica e il bio-diritto. In una prospettiva già almeno in parte attuale, perfino il corpo può essere scelto e non si configura più quale espressione di una «datità» indisponibile. L'esito è una marcata opacizzazione del confine tra natura e *techne*: che cosa è corpo, cosa è dispositivo tecnico? Se la questione è, dalla modernità in poi, quanto meno complessa e discussa, essa è nella post-modernità spinta fino al parossismo: dall'idea di *homme-machine* al mito del superumano o del postumano, la libertà di perseguire il proprio potenziamento, il «progetto»²² su di sé, da aspirazione prometeica velleitaria marca i primi concreti risultati.

¹⁸ R. DAHRENDORF, *La libertà che cambia*, tr. it., Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 42.

¹⁹ B. LEONI, *La sovranità del consumatore*, Roma, Ideazione, 1997, 120-121; N. ZANON, *Tra giurisdizione e legislazione. Leggendo «La libertà e la legge» di Bruno Leoni*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 254.

²⁰ Il tema svolto da N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

²¹ M. CHIODI-M. REICHLIN, *Morale della vita. Bioetica in prospettiva filosofica e teologica*, Brescia, Queriniana, 2017, p. 25.

²² Sul concetto di «progetto», in chiave però etico-filosofica, v. L. SANDONÀ, *Fabbricazione o edificazione dell'umano? Riflessioni sul progetto come figura antropologica*, in *Anthropologica. Annuario di studi filosofici*, 2011, pp. 131 ss.; A. PUNZI, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvétius D'Holbach: l'uomo-macchina verso l'intelligenza collettiva*, Torino, Giappichelli, 2003.

Questa opacizzazione del confine tra natura e *techne* ha riflessi vividi anche nell'ambito delle cure: si pensi alle pratiche di alimentazione e idratazione artificiali, erogate mediante un supporto tecnico sofisticato²³. Diventano per questo prestazioni di tecnica sanitaria? La questione è indubbiamente complessa. Come ha insegnato l'antropologo M. Mauss, è un errore «pensare che c'è la tecnica solo quando c'è lo strumento»; o meglio, occorrerebbe aggiungere che il corpo è il primo strumento dell'uomo, tanto che perfino le condotte e le posture, lungi dall'essere espressione di mera fisiologia, sono vere e proprie «tecniche del corpo»²⁴. Il corpo è infatti parte del legame sociale e custode di una simbologia; è un oggetto culturalmente prodotto, come appunto le posture, i movimenti e la gestualità, apparentemente *solo* naturali, rivelano²⁵.

L'art. 1.5 della legge 219/2017 prevede che «sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». A determinare la natura di trattamento sanitario concorrono pertanto due elementi: da un lato lo strumento tecnico, e cioè il dispositivo medico, e poi la professionalità (anch'essa tecnica), che si esprime nella prescrizione di nutrienti²⁶. Al di fuori di questi casi, il divieto di idratazione e alimentazione forzate, anziché appoggiarsi alla loro qualificazione di trattamenti sanitari²⁷, potrebbe percorrere – almeno in qualche caso – la via dell'inviolabilità del corpo²⁸. Si tratta di questione molto controversa, con forti implicazioni etiche. Come prevede l'art. 51 del codice italiano di deontologia medica, «quando una persona, sana di mente, rifiuta volontariamente e consapevolmente di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarla sulle conseguenze che tale decisione può comportare sulle sue condizioni di salute. Se la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative

²³ Sull'interpretazione della natura delle tecniche di NIA (nutrizione e idratazione artificiali) si è aperto un forte dibattito, ben sintetizzato da U. ADAMO, *Alcune osservazioni critiche a proposito delle prospettive de jure condendo nella legislazione italiana in tema di 'Direttive' Anticipate di Trattamento*, in *Consulta on line*, 28.11.2016, p. 426.

²⁴ M. MAUSS, *Le tecniche del corpo*, tr. it., Pisa, ETS, 2017, pp. 49 e 51: «Questo costante adattamento a uno scopo fisico, meccanico, chimico (ad esempio, quando beviamo) è perseguito attraverso una serie di atti assemblati, ed assemblati nell'individuo non solo da lui stesso, ma da tutta la sua educazione, da tutta la società di cui fa parte, nel posto che vi occupa».

²⁵ M. FUSASCHI, *Introduzione*, in M. MAUSS, *Le tecniche del corpo*, cit., pp. 16 e 18-19.

²⁶ Si v. al riguardo anche Cass. Civile, 16.10.2007, n. 21748. Sul tema v. G. GALAZZO, *Qualificazione dei trattamenti di nutrizione e idratazione artificiale e discrezionalità del legislatore*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, cit., 205-207; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II. Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 147 ss.

²⁷ Oltre alla l. 219/2017, v. già Cass. Civ. 21748/2007. Un precedente tentativo di disciplina, il c.d. disegno di legge Calabrò (d.d.l. AC 2350 della XVI legislatura), a riguardo, disponeva in senso contrario. Si v. U. ADAMO, *Alcune osservazioni*, cit., 420; a p. 428, l'A. contesta la riconducibilità di NIA a trattamenti sanitari obbligatori, *ex art. 32 Cost.*

²⁸ P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it, 31.1.2018, p. 6: «se con il mio permesso o per necessità d'urgenza hai invaso, per il mio bene, il mio corpo, quando dico basta te ne devi andare»; U. ADAMO, *Alcune osservazioni*, cit., p. 427; U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 3/2018, p. 27. Per un interessante e diversamente orientato percorso interpretativo, v. C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., pp. 60-61 e 66.

costrittive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale, ma deve continuare ad assisterla».

Questa generale tensione alla soggettivizzazione, cui lo sviluppo tecnologico imprime un'accelerazione decisa, si riflette sul concetto stesso di «salute»: questa non è più intesa come uno stato oggettivabile di assenza di malattia, né come mera integrità fisica, ma è una condizione dinamica di benessere²⁹, di qualità della vita, entro cui sta in pieno la soggettività della persona. Questa concezione è bene espressa dalla definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, per la quale la salute è «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non consiste soltanto in un'assenza di malattia». Si può aggiungere il rilievo, per quanto non decisivo, per il quale la stessa Costituzione, a seguito della riforma del 2001, attribuisce (art. 117) ora la competenza legislativa in ambito di «tutela della salute», non più di «assistenza sanitaria e ospedaliera».

Entro questa nuova concezione, la salute è abitata da «diritti» del soggetto: diritto alle cure e diritto di rifiutare le cure; diritto alla scelta del medico e del luogo di cura, ecc... Come è stato efficacemente sostenuto, nella salute si assiste a un processo di trasfigurazione della libertà *da interferenza* in libertà *di scelta*, e tale processo ha un presupposto culturale: «se non vi è più una unità politica presupposta al gioco democratico, l'unica unità possibile la si costruisce all'esito del processo deliberativo in termini di non incompatibilità tra le differenti concezioni del bene atomisticamente diffuse nella comunità. Così il diritto (in questo caso il biodiritto) contribuisce a creare una *moral membership* fondata sul diritto all'eguale rispetto e considerazione e, per quella via, a coniugare la libera autodeterminazione (degli individui) e l'eguaglianza (dei corpi)»³⁰.

Il passaggio citato porta a emersione una prospettiva che, prendendo atto di un pluralismo incompabile di visioni del mondo, ritiene perseguibile una via di rispetto e di affiancamento di traiettorie individuali, ciascuna delle quali autodeterminata. Ne scaturisce una visione di convivenza irenica, in quanto i margini e le frizioni dell'interferenza sono minimizzati. È istruttiva, da questo punto di vista, la ricostruzione svolta dalla dottrina della genesi del diritto all'autodeterminazione nell'esperienza giuridica nord-americana: esso costituisce una gemmazione dalla *privacy*, e cioè dalla (ricerca della) garanzia della protezione di uno spazio *privato* dall'invasione del potere pubblico³¹. Su un piano appa-

²⁹ E. ROSSI, *Sanità e assistenza sociale nella giurisprudenza costituzionale (e non solo): due «materie» difficilmente separabili*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento e indebolimento*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 162-163.

³⁰ L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della «sovranità» dell'individuo nella produzione giuridica*, in *Osservatoriodellefonti.it*, 2/2010, p. 44. Si v. anche L. FERRAJOLI, *Trattamenti sanitari forzati*, in *Ragion pratica*, 2009, p. 359.

³¹ Si rinvia a L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione*, cit., pp. 16 ss., con ampi richiami alla filosofia di M.A. Glendon, e in via sintetica a p. 20: «lo schema evolutivo potrebbe essere così ricostruito: la *privacy* avrebbe storicamente ricavato un nuovo spazio per i diritti nel costituzionalismo contemporaneo, spazio poi occupato concettualmente dalla dignità umana, a sua volta monopolizzata dal tema dell'autodeterminazione». L'A. contrappone a questo sistema l'ordinamento italiano, costituzionalmente ispi-

rentemente simile, ma con la riserva del margine di apprezzamento degli Stati aderenti, si è mossa la giurisprudenza della Corte di Strasburgo con riferimento principalmente all'art. 8 della Convenzione³².

Con l'annessione all'auto-determinazione di territori via via più estesi dell'esperienza sociale, il diritto rinvia a contenitore di scelte individuali, alla maniera di una cornice che si pretenderebbe accogliente³³. Questo approccio attraversa già una pluralità di questioni critiche intorno alla salute e altre ne lambisce: le volontà circa il fine vita, su cui ci si soffermerà nel prosieguo, la libertà di cura (emblematico il caso Di Bella, su cui la sent. 185/1998), fino al caso controverso del suicidio assistito (dj Fabo)³⁴, il dibattito sulle vaccinazioni, ecc... Puntualmente, quasi fosse un tic, dinanzi alla interferenza dello Stato (in veste soprattutto di legislatore), si leva – presso l'opinione pubblica, ma anche nel dibattito scientifico – l'accusa di «paternalismo»: dello Stato nei confronti del consumatore; del medico nei confronti del paziente. L'uno (il consumatore) e l'altro (il paziente) assurgono a inopinati «sovrani»³⁵.

Quand'anche si ritenesse auspicabile, un tale esito di accostamento di traiettorie individuali auto-determinate appare ottimistico. Come ha ricordato in un recente scritto G. Zagrebelsky, l'autore del «diritto mite», ora critico rispetto all'enfasi riposta sui diritti individuali, la nostra epoca è caratterizzata dallo «spazio saturo», in cui cioè non esistono «spazi vuoti per scelte puramente individuali, tali cioè da non comportare conseguenze o ricadute, attuali o potenziali, nella sfera vitale di altri»³⁶. Di questa interdipendenza ci ha dato un saggio la stessa Corte costituzionale, allorquando ha riconosciuto la legittimi-

rato, per il quale l'autodeterminazione «non ha una consistenza autonoma: al più, è in grado di descrivere la facoltà di ciascuno di *esercitare* i diritti però riconosciuti dalla Costituzione» (*ibidem*, p. 26). Sul punto, si segnala ora l'originale e illuminante contributo di M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, Paris, PUF, 2018, pp. 34-52.

³² Si v., ad esempio, l'esemplare caso *Haas c. Svizzera* del 2011, in cui la Corte afferma che «il diritto di un individuo di decidere in che modo e in quale momento la sua vita deve terminare, a condizione che sia in grado di formarsi liberamente la propria volontà in proposito e di agire in conseguenza, è uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione». Su questa decisione (e sulle altre della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo), si v. I.A. COLUSSI, *Quando a Strasburgo si discute di fine vita... Casi e decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di eutanasia e suicidio assistito*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, cit., pp. 453 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II*, cit., pp. 21 ss.

³³ Lievemente diversa appare la soluzione prospettata da S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II*, cit., pp. 200 ss. e 240, di una legislazione per principi essenziali.

³⁴ Su cui, evidentemente, l'approvazione della l. 219/2017 potrebbe avere ricadute. La Corte d'Assise di Milano, infatti, con propria ordinanza del 14.2.2018 ha sollevato questione incidentale di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui prevede la sanzione per condotte che, pur avendo agevolato l'esecuzione del suicidio, non abbiano determinato il percorso psichico di determinazione dell'aspirante suicida. Si v., in termini di autodeterminazione, G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare*, cit., pp. 109-110. L'A. però mescola il caso di suicidio assistito con il caso Welby, di interruzione di trattamento sanitario.

³⁵ L. MINGARDO, *Il testamento biologico e le ultime volontà del paziente sovrano*, in F. ZANUSO (a cura di), *Diritto e desiderio*, cit., pp. 100 ss.

³⁶ G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017, pp. 26 e 38; si v. anche, con riferimento specifico a questo tema, le posizioni di G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare*, cit., pp. 102; e C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione*, cit., p. 19.

tà costituzionale dell'imposizione (paternalistica?) del casco per i motociclisti, sulla base dell'art. 32 Cost., ancorché il casco stesso non si possa qualificare come trattamento sanitario. Con la sentenza 180 del 1994, la Corte ha ritenuto ragionevole che il legislatore «nel suo apprezzamento prescriva certi comportamenti e ne sanzioni l'inosservanza allo scopo di ridurre il più possibile le pregiudizievoli conseguenze, dal punto di vista della mortalità e della morbosità invalidante, degli incidenti stradali», posto che – e qua sta la *ratio* dell'interdipendenza – «non può infatti dubitarsi che tali conseguenze si ripercuotono in termini di costi sociali sull'intera collettività, non essendo neppure ipotizzabile che un soggetto, rifiutando di osservare le modalità dettate in funzione preventiva, possa contemporaneamente rinunciare all'ausilio delle strutture assistenziali pubbliche ed ai presidi predisposti per i soggetti inabili». Con un'attinenza ancora più diretta al tema in esame, nella sent. 218/1994, la Corte ha dichiarato la «illegittimità costituzionale dell'art. 5, terzo e quinto comma, della legge 5 giugno 1990, n. 135 (Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS), nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi», in quanto «la tutela della salute non si esaurisce (...) in queste situazioni attive di pretesa. Essa implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari».

Un'obiezione questa volta critica verso la giurisprudenza della Corte, ma convergente verso l'esito del riconoscimento dell'interdipendenza delle scelte individuali, ha sollevato tra alcuni interpreti la sentenza della Corte costituzionale in tema di divieto di fecondazione eterologa (sent. 162/2014), in cui la Corte ha richiamato il principio della «generale libertà di autodeterminarsi»: ad avviso della dottrina critica³⁷, l'applicazione al caso concreto di questo principio avrebbe prodotto addirittura un esito di alterazione del fenomeno procreativo e il sacrificio di altre posizioni giuridiche protette.

Non si intende, in questa sede, prendere posizione sul merito di questi specifici casi, suscettibili di differente valutazione, ma sottolineare che il riconoscimento dell'interdipendenza solleva obiezioni logiche ai presupposti dell'autodeterminazione, pur senza

³⁷ M. OLIVETTI, *Il liberismo etico conquista il palazzo (della Consulta)*, in *Anthropologica. Annuario di studi filosofici*, 2016, pp. 92-93 e 104. L'A. enumera una serie di conseguenze a cascata della decisione della Corte su altri possibili casi (102-103). Nello stesso volume, v. anche L. VIOLINI, *I nuovi modelli di matrimonio, famiglia e procreazione nell'era della rivoluzione tecnologica*, soprattutto p. 138. Cfr. anche F. ZANUSO, *Vita e volontà, desideri e diritti nell'inizio vita. Dal Far-west al supermarket riproduttivo*, in ID. (a cura di), *Diritto e desiderio*, cit., p. 47.

negarne un nucleo fondamentale, così come, perfino nell'ambito (seminale) economico, la «scoperta» delle esternalità, positive o negative, delle condotte individuali giustifica un intervento pubblico sull'autonomia negoziale delle parti. Si tratta quindi, ancora una volta, di riconoscere la legittimità di un intervento, anzi tutto politico, di bilanciamento che cerchi, discrezionalmente, ma ragionevolmente, di comporre le posizioni giuridiche agite e incise dalle scelte individuali.

L'espressione quasi archetipica dell'autonomia e del diritto della persona in ambito della salute è il principio, a valenza trasversale, del consenso informato³⁸, che ha ricevuto plurimi e multilivello riconoscimenti normativi³⁹ e giurisprudenziali. Tra questi ultimi spicca la sentenza della Corte costituzionale n. 438/2008, in cui il consenso informato è tratto dagli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione: «la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione»⁴⁰. La qualificazione dell'autodeterminazione, *sic et simpliciter*, quale diritto fondamentale suona un po'

³⁸ Principio anche in relazione all'attribuzione della relativa competenza normativa al legislatore statale, come emerge nella sent. 262/2016 della Corte cost., su cui L. COEN, *Le disposizioni anticipate di trattamento sanitario tra diritto civile e organizzazione amministrativa*, in *BioLaw Journal*, 1/2017, p. 212; sulla stessa sentenza, considerazioni critiche molto condivisibili in relazione al parametro utilizzato sono avanzate da L. BUSATTA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, tra ordinamento civile e «ragioni imperative di eguaglianza»*, in *Le Regioni*, 2017, pp. 563 ss. Per la Corte, «data la sua incidenza su aspetti essenziali della identità e della integrità della persona, una normativa in tema di disposizioni di volontà relative ai trattamenti sanitari nella fase terminale della vita – al pari di quella che regola la donazione di organi e tessuti – necessita di uniformità di trattamento sul territorio nazionale, per ragioni imperative di eguaglianza, ratio ultima della riserva allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di “ordinamento civile”, disposta dalla Costituzione». In questo modo, si replica – seppur con argomentazione più serrata – un'impostazione, già oggetto di critica da parte della dottrina, contenuta nella sent. 438/2008, allorquando la Corte aveva censurato una l.r. (del Piemonte) sul consenso informato, ricostruito come principio fondamentale in materia, perché invasiva della competenza statale in tema di principi. Si rinvia all'efficace analisi critica di F. CORVAJA, *Principi fondamentali e legge regionale nella sentenza sul consenso informato*, in *Le Regioni*, 2009, p. 643. Sul tema v. anche R. BALDUZZI - D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 4953 ss.

³⁹ Legislativamente, si v., ad esempio, la l. n. 194/1978 (artt. 5, 12-13), la l. n. 180/1978 (art. 1) e la l. n. 40/2004 (artt. 4.2 e 6) e il codice di deontologia medica (art. 35). Tra le fonti internazionali vincolanti, v. la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, la Convenzione di Oviedo del 1997 e la Carta europea dei diritti fondamentali. Si v. la ricostruzione sistematica di S. ROSSI, *Consenso informato*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento*, Torino, Utet, 2012, vol. VII, p. 183, ma *passim*; C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, pp. 1052 ss.; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista AIC*, 4/2011.

⁴⁰ Si v. anche la sent. 253/2009.

apodittica, in assenza di una almeno sintetica argomentazione⁴¹. Ciò nondimeno, al di là del riconoscimento giuridico, il punto dolente, relativamente al consenso informato, si tocca spesso nel momento applicativo, allorché se ne ravvisi un'attuazione che ne svii l'effettività o lo riduce a mera formalità⁴². Il consenso informato è confinato allora ad atto puntuale, cui non corrisponde, in capo al titolare, un corrispondente stato effettivo di consapevole volizione, il cui conseguimento esigerebbe il compimento di un processo⁴³.

3. La questione delle mediazioni

La tensione alla soggettivizzazione, in sé considerata, rende problematica l'accettazione di linee di mediazione. Anche l'oggettività scientifica può farne le spese, come il confuso dibattito sulle vaccinazioni ha messo in evidenza. È infatti illusorio pensare che un indirizzo culturale soggettivistico si arresti dinanzi alla scienza⁴⁴, che pure si potrebbe proporre come elemento oggettivo di ricomposizione unitaria. Il rifiuto delle mediazioni minaccia di travolgere ogni tentativo di costruire grammatiche di senso condivise, fossero pure intessute di materiale scientifico. Agli occhi del soggetto, perché la mediazione scientifica dovrebbe essere maggiormente autorevole di quella politica? Tale risposta rimane aperta, a maggior ragione da quando l'incertezza è riconosciuta quale statuto della conoscenza scientifica⁴⁵ e il pluralismo delle interpretazioni impera entro la stessa comunità scientifica (si pensi, per tornare al tema, alla qualificazione di nutrizione e idratazione artificiali quali trattamenti sanitari o meno)⁴⁶.

La tensione tra pulsione all'autodeterminazione e mediazioni si scarica in modo acuto proprio sui trattamenti obbligatori, in quanto imposti dalla legge, fino a dimenticare che i trattamenti obbligatori sono tali per preservare la salute degli altri⁴⁷, non in quanto espres-

⁴¹ Una via argomentativa seria è proposta da S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II*, cit., p. 113, che ricollega l'autodeterminazione alla dignità umana, anche sulla scorta di una valutazione critica circa il principio del consenso informato. Per una "relativizzazione" del diritto all'autodeterminazione, v. A. RUGGERI, *Le dichiarazioni di fine vita*, cit., p. 5. V. ora M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, cit., p. 53 ss.

⁴² M. CARTABIA, *L'articolo 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Diritto alla salute*, cit., p. 30.; A. D'ALOIA, *Tra rifiuto di cure ed eutanasia. Note introduttive sul «diritto alla fine della vita»*, in ID. (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, cit., p. 9; nello stesso volume, A. MEISEL, *Informed Consent and Information Overload*, 128, mette in guardia dalle conseguenze penalizzanti dell'autonomia di un *overload* di informazioni; C. QUAGLIARIELLO-C. FIN, *Il consenso informato in ambito medico*, cit., p. 18. Insiste particolarmente sui cortocircuiti della *fictio* del consenso informato S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II*, cit., pp. 54 ss.

⁴³ P. ZATTI, *Spunti per una lettura*, cit., pp. 2-3.

⁴⁴ Di «soggettivizzazione dell'attività medica» parla E. ROSSI, *Profili giuridici*, cit., p. 11.

⁴⁵ B. MONTANARI, *Presentazione del convegno*, in ID. (a cura di), *Scienza Tecnologia & Diritto (ST&D)*, Milano, Giuffrè, 2006, XIV, riprendendo S. Funtowicz.

⁴⁶ G. GALAZZO, *Qualificazione dei trattamenti*, cit., pp. 208-209.

⁴⁷ B. PEZZINI, *Principi costituzionali*, cit., p. 36 aggiunge opportunamente che il destinatario del trattamento «riceve contemporaneamente anche le utilità dirette del trattamento stesso sulla propria salute individuale: salute individuale e

sione di «paternalismo» salutista a detrimento dell'autonomia individuale di chi vi si deve sottoporre.

Nell'ordinamento giuridico, la cura della salute si iscrive – piaccia o meno – in un quadro complesso di procedure, a cui prendono parte poteri pubblici, amministrazioni, soggetti privati, utenti... Entro questo quadro, la pretesa di un'autodeterminazione individuale circa la salute incrocia una molteplicità di posizioni e di saperi, e va incontro a mediazioni, che si compiono a diversi livelli, non sempre armonici l'uno con l'altro: quella legislativa anzi tutto, chiamata a bilanciare ragionevolmente tra diritti e interessi confliggenti (o interdipendenti); quella giurisdizionale⁴⁸; e poi quella amministrativa, nei differenti procedimenti in cui consiste la presa in carico e la risposta ai bisogni sanitari e socio-sanitari⁴⁹; e finanche entro le strutture sanitarie, ove il diritto soggettivo incontra la concretezza di un'organizzazione, con le sue dinamiche, e di una pluralità di persone, portatrici di professionalità e interessi diversi; ed entro la famiglia, ove le scelte di cura incrociano responsabilità e tempi dei diversi componenti.

La definizione dell'equilibrio normativo coinvolge quindi una pluralità di soggetti, ciascuno dei quali titolare di una posizione peculiare. Si riaffaccia quindi la questione – che talora sembra rimossa nello spazio rarefatto della pretesa individuale – delle mediazioni: della mediazione del diritto oggettivo in quanto tale e delle mediazioni di cui il diritto si fa carico ed espressione; nonché delle mediazioni che avvengono in una prassi, spesso vischiosa e faticosa per il diritto stesso⁵⁰.

All'attenzione della Corte costituzionale, si è ad esempio frequentemente affacciato il problema del rapporto tra scienza (medica) e autonomia del legislatore⁵¹, che sono due forme della mediazione, dinanzi alla pretesa della soggettività, e che tra loro stanno in un rapporto che la Corte ha via via cercato di precisare⁵².

salute collettiva risultano entrambe tutelate, mentre nella sfera individuale resta sacrificata l'autonomia decisionale». V. anche Corte cost., sent. 307/1990.

⁴⁸ A. D'ALOIA, *Tra rifiuto di cure*, cit., p. 16, cui spetta di «adattare la rigidità della regola legislativa alla imprevedibile singolarità dei casi (che solo il giudice può osservare da vicino)»; v. anche R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 26 e 51 ss.

⁴⁹ In una recente ricostruzione, dedicata proprio all'ambito sanitario, è stata opportunamente sottolineata l'importanza – spesso negletta – della mediazione rappresentata dall'amministrazione sanitaria, la sola che possa garantire l'equità del sistema e l'effettività dei diritti (N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica: la tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Milano, Giuffrè, 2017); v. anche G. SCACCIA, *Art. 32*, in F. CLEMENTI-L. CUOCOLO-F. ROSA-G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 217.

⁵⁰ Attualissima a riguardo la lezione di L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 101-102.

⁵¹ M. CARTABIA, *L'articolo 32*, cit., pp. 25 ss. Nei termini generali, si v. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 12-13. Nello stesso volume, si v. anche A. SPADARO, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, p. 577.

⁵² Si pensi alle sentenze 282/02 e 338/03, sull'elettroshock; alla sent. 151/2009 sulla fecondazione assistita, in cui la Corte ha riconosciuto un eccesso di rigidità nella legislazione e l'impossibilità – per il medico – di valutare il singolo caso; ma già alle sent. 414/1995, 185/1998 e 188/2000.

Emblematica di questo groviglio di mediazioni che, sin dal livello legislativo, avvolge la sanità è la recente sent. 169/2017 della Corte costituzionale, in cui, da un lato, si ribadisce che «la discrezionalità legislativa trova il suo limite “[nel]le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l’arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)» (sentenza n. 151 del 2009)⁵³; dall’altro, si evidenzia come l’amministrazione della salute debba necessariamente coinvolgere la pluralità delle sue componenti, al di fuori di un quadro di una troppo scolastica suddivisione e scansione degli interventi⁵⁴.

Con riferimento alla l. 219/2017, l’attuazione coinvolge e chiama in causa le scelte di organizzazione di ogni struttura sanitaria pubblica o privata, cui la legge (art. 1.9) impone di garantire «con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge». Tale norma vale ad escludere – in negativo – che l’eventuale obiezione di alcune componenti dell’équipe sanitaria possa offrire una giustificazione per l’inapplicazione della legge; ma, in senso più largo e positivo, apre e rinvia a una mediazione organizzativa cui è rimessa l’attuazione di profili rilevanti della legge stessa.

La spinta alla soggettivizzazione, che, come si è visto, si muove comunque entro un quadro articolato di mediazioni, sembra però subire qualche battuta d’arresto e accettare limitazioni che appaiono significative, perché riconducibili all’origine economicistica, borghese, dell’autodeterminazione. All’affermazione progressiva dell’autodeterminazione in ambito sanitario non corrisponde un analogo moto che contrasti la contenzione in psichiatria. In quest’ultimo ambito sanitario, resta solida e anzi rimontante la ragione se-

⁵³ ...«si può ora aggiungere che stabilire il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia, collocandosi “all’incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell’arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica” (sentenza n. 282 del 2002)» (sentenza n. 338 del 2003).

⁵⁴ «se, al fine di assicurare la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP), alla cui categoria, come detto, appartengono i LEA, «spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale [di talché] è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (sentenza n. 275 del 2016), non vi è dubbio che le Regioni stesse debbano collaborare all’individuazione di metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incompressibili da quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria. Sotto tale profilo, è bene quindi ricordare che la determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale, ma che la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti deve essere improntata alla leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività. (...) In definitiva, la dialettica tra Stato e Regioni sul finanziamento dei LEA dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria, tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell’intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale. Ciò al fine di garantire l’effettiva programmabilità e la reale copertura finanziaria dei servizi, la quale – data la natura delle situazioni da tutelare – deve riguardare non solo la quantità ma anche la qualità e la tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie».

curitaria e collettiva. Ciò potrebbe dipendere dal presupposto per cui la libera volizione del malato psichiatrico sarebbe compromessa. Ciò nondimeno, negli anni '70, una forte spinta sociale riformatrice, che pure era animata da un progetto culturale di emancipazione dell'individuo dalle cristallizzazioni di potere sociale (ed economico), produsse esiti di liberazione non così selettivi, entro cui ha trovato spazio la cosiddetta legge Basaglia. In stretta connessione con il dibattito sociale e istituzionale che porterà all'approvazione della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, giungeva in approvazione appunto la l. 180/1978, per la quale anche «l'accesso ai trattamenti psichiatrici (...) non può più connotarsi come strumentale alla custodia e alla difesa sociale, emarginando l'aspetto sanitario, ma viene ad integrare un possibile percorso volto a garantire quella condizione di benessere individuale in cui si esprime il diritto alla salute»⁵⁵. In quella temperie, insomma, la promozione dell'autonomia individuale si estendeva al paziente psichiatrico e mirava a rendere l'intervento coattivo residuale ed eccezionale⁵⁶.

Più in generale, in quegli anni, la spinta sociale riformatrice produsse un moto attuativo di diverse parti della Costituzione, destinate a promuovere l'autonomia individuale, ma insieme sociale e istituzionale. L'autonomia individuale si iscriveva cioè in un contesto di liberazione di spazi partecipativi di ampiezza sociale e perfino istituzionale. L'attuale spinta soggettivistica è invece sconnessa da – o almeno non strutturalmente connessa con – un ideale partecipativo e scaturisce piuttosto, come si è visto, da un moto espansivo della *privacy*, a propria volta riconducibile alla proprietà di sé⁵⁷. Vi sono anche casi, come il gioco d'azzardo, in cui la prevalenza dell'interesse economico conduce ad accettare il rischio (un azzardo del legislatore...) della compromissione patologica della autodeterminazione dell'individuo (giocatore e consumatore) e a confinare l'intervento restrittivo a compromissione avvenuta⁵⁸.

Una sovrapposizione problematica tra le due aree, quella dell'autodeterminazione e quella del mercato, si può cogliere anche nell'interpretazione del controverso principio di sussidiarietà che valorizza la libertà di scelta: questa, alla luce della sussidiarietà, non dovrebbe invero risolversi nell'ottica consumeristica dell'accesso a servizi a beneficio individuale, secondo un modello para-mercato, quanto nella promozione di una fruizione rispettosa del contesto del pluralismo culturale a cui la persona appartiene⁵⁹. La connotazione

⁵⁵ Così S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2015, p. 206.

⁵⁶ S. ROSSI, *La salute mentale*, cit., p. 207.

⁵⁷ ... «che è uno dei canoni paradigmatici dell'individualismo possessivo, è una libertà che rivendica e traduce, anche nella condizione della fragilità e della malattia, la matrice proprietaria che ha originato la dinamica dei diritti» Così, nell'ambito di una ricostruzione critica, V. MARZOCCO, *Il diritto di autodeterminarsi e il "governo di sé". La "vita materiale" tra proprietà e personalità*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, cit., p. 28.

⁵⁸ Illuminanti i contributi di G. SIRIANNI, *Il gioco pubblico dal monopolio fiscale alla regolamentazione, nella crisi dello Stato sociale*, in *Diritto pubblico*, 2012, pp. 802 ss.; e M. ESPOSITO, *Gioco d'azzardo: qual è la vera posta? Tecnologie che creano dipendenze*, in *Aggiornamenti sociali*, 2014, pp. 397-398.

⁵⁹ Essenziale il contributo di A. MATTIONI, *La legge-quadro n. 328/2000: legge di attuazione di principi costituzionali*, in E. BALBONI-B. BARONI-A. MATTIONI-G. PASTORI (cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328*

borghese dell'autodeterminazione si disvela ancora nel suo tratto selettivo, allorquando mantiene la correlazione con la capacità economica. Si può anzi affermare che almeno la «mediazione» imposta dal condizionamento finanziario resti ben salda dinanzi alla libertà di cura⁶⁰.

4. Il caso delle DAT: una soluzione costituzionalmente orientata?

Tra *ethos* libertario e visione relazionale, costituzionalmente ispirata, dello svolgimento della personalità l'equilibrio non è quindi semplice. Legittima – e anzi promossa dalla Costituzione – è l'istanza emancipatrice, che squalifica come abusivo il vincolo che abbia la forma della costrizione e non dell'accompagnamento relazionale; e tuttavia, sempre per la Costituzione, come si è detto, l'autonomia non può essere presupposta, ma deve essere conquistata e accompagnata. Inoltre, la Costituzione promuove processi di autonomia che aprono alla partecipazione dei cittadini-lavoratori ai rapporti sociali ed economici, laddove questa sia ostacolata da cristallizzazioni di potere.

Lo stesso *consenso informato*, che pure è l'espressione sintetica della centralità della volontà dell'interessato, ne è, al contempo, spia del carattere derivato, non originario. Il consenso non basta; serve sia stato informato. Esso è dunque espressione insieme di autonomia e di relazione. Alla sua origine, questo principio è valso inoltre ad affermare un'esigenza relazionale e dialettica⁶¹, e cioè quella di sottrarre il paziente al sequestro medico e tecnico e dunque a una soggezione di fronte al potere unilaterale della tecnica⁶². Si osservi al riguardo che l'art. 33 della legge 833/1978 prevede la ricerca del consenso e della partecipazione anche per le prestazioni *obbligatorie*: non si tratta di un elemento irrilevante, ma della conferma della ricerca di un radicamento, oltre la sfera del necessario, di uno stile relazionale e partecipato ben allineato alle prescrizioni costituzionali⁶³.

del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, II ed., Milano, Giuffrè, 2007, pp. 6 ss.; più recentemente, su questa linea, V. TONDI DELLA MURA, *Riforma del Terzo settore e principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, 3/2017, p. 50.

⁶⁰ Si rinvia alla recente analisi, in chiave comparatistica, di L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, Giappichelli, 2018, pp.83 ss.

⁶¹ N. VETTORI, *Diritti della persona*, cit., p. 101; R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 12.

⁶² B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, p. 87; M. AZZALINI, *Spigolature in tema di "contenzione" di persona capace*, in S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione: diritto, psichiatria e dignità della persona*, Merano, AlphaBeta Verlag, 2015, p. 174; C. QUAGLIARIELLO-C. FIN, *Il consenso informato in ambito medico*, cit., 25 parlano di «progressivo abbandono della concezione paternalistica dell'attività medica, in favore della c.d. alleanza terapeutica tra i soggetti coinvolti nella relazione di cura».

⁶³ Cfr. anche l'art. 1.4 l. 180/1978. Cfr. S. ROSSI, *La salute mentale*, cit., p. 277; M. MASSA, *La contenzione. Profili costituzionali: diritti e libertà*, in S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione*, cit., p. 98: «anche nel contesto del TSO, la con-

Proprio quest'ultima riflessione suggerisce indirettamente un invito alla cautela nel qualificare *tout court* alcune garanzie, conquistate o invocate, di autonomia come forme di ribellione di una volontà individualistica, egoistica, rispetto all'*ethos* della convivenza. Questa cautela vale anche per il rifiuto o l'interruzione delle cure. Non sembra infatti arbitrario leggervi talora espressioni finanche particolarmente sofferte e intense di responsabilità sociale, quella implicita nell'accettazione della propria finitudine e nella relativizzazione del sé che induce ad «abbandonarsi al processo naturale del morire che è parte del vivere»⁶⁴. Si potrebbe allora assumere come criterio di orientamento, costituzionalmente ispirato, la distinzione tra un potenziamento dell'autodeterminazione in quanto espressione insindacabile di volontà e il rafforzamento dell'autonomia individuale entro una rete relazionale e non disgiunta da una tensione partecipativa. In questa seconda direzione va ad esempio la proposta, assai interessante, di rafforzare i nessi tra sanità e assistenza sociale⁶⁵. In quest'ultimo ambito e nell'integrazione socio-sanitaria, in effetti, questa impostazione è stata già perseguita. Nel d.p.c.m. sui livelli essenziali in ambito socio-sanitario del 12 gennaio 2017 è stato introdotto il «progetto di assistenza individuale» che deve definire «i bisogni terapeutico-riabilitativi e assistenziali della persona ed è redatto dall'unità di valutazione multidimensionale, con il coinvolgimento di tutte le componenti dell'offerta assistenziale sanitaria, sociosanitaria e sociale, del paziente e della sua famiglia» (art. 21.3). Nel d.lgs. 147/2017, a proposito del Reddito di Inclusione, è previsto il progetto personalizzato di reinserimento che coinvolge ed è sottoscritto dal nucleo familiare (art. 6) e che contiene «gli impegni a svolgere specifiche attività, a cui il beneficio economico è condizionato, da parte dei componenti il nucleo familiare». Si noti che il progetto personalizzato comprende «comportamenti di prevenzione e cura volti alla tutela della salute, individuati da professionisti sanitari» (art. 6.5.d del d.lgs. 147/2017).

In ambito sanitario, coerente al criterio che si è individuato appare la recente legge sulle disposizioni anticipate di trattamento, che offre un esempio di soluzione equilibrata⁶⁶. La l. 219/2017 riconosce esplicitamente il diritto all'autodeterminazione del soggetto (art. 1.1) e tuttavia, subito dopo, introduce (1.2) il concetto di relazione di cura: «è promossa e va-

tenzione è solo una eventualità: una *extrema ratio* dentro un'altra *extrema ratio*, applicabile esclusivamente se e nella misura in cui ciò sia indispensabile per attuare in condizioni di sicurezza il ricovero e le cure».

⁶⁴ Così, con profondità di riflessione, A. D'ALOIA, *Tra rifiuto di cure*, cit., pp. 6-7. Il discorso potrebbe essere replicato a proposito della richiesta di riconoscimento di forme diverse di legame familiare, che possono essere lette come espressione di ribellione sociale, ma anche come invocazione di accoglienza entro il legame sociale e di disponibilità ad assumerne le correlative responsabilità. Ho sostenuto questa tesi in F. PIZZOLATO, *La famiglia nella Costituzione e criteri per una disciplina dei modelli diversi di convivenza*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, Jovene, 2008, p. 131.

⁶⁵ E. ROSSI, *Sanità e assistenza*, cit., pp. 196-197; Id., *Il "socio-sanitario": una scommessa incompiuta*, in *Corti supreme e Salute*, 2/2018.

⁶⁶ Un «buon compromesso», per C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 191, da anni costituzionalista attenta al tema. Una critica all'approccio del fine vita con lo strumentario dell'art. 32 è contenuta in C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., pp. 57-59.

lorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'équipe sanitaria». Il consenso informato è visto come esito di un «incontro» e la relazione, oltre che di cura, è di «fiducia», quasi a voler – sin dai termini – scongiurare riduzionismi formali o tecnici della stessa⁶⁷.

In tale relazione di cura «sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo» (art. 1.2). La relazione avvolge quindi differenti ambiti: quello familiare; quello dell'équipe sanitaria, non sempre invero adeguatamente valorizzata nella pluralità delle sue componenti, posto che non è sufficiente e nemmeno realistico immaginare che il rapporto si instauri con un singolo medico⁶⁸; tra paziente ed équipe; tra équipe e famiglia. Con valenza quasi paradigmatica di questa impostazione, l'art. 1.8 della legge sancisce che «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura», anche forse con l'intento di riequilibrare, rispetto alla prassi, la posizione del medico rispetto a quella delle altre professioni sanitarie a riguardo del tempo dedicato alla relazione⁶⁹. Si tratta di un principio che potrebbe assurgere a valenza generale, non solo ai fini della richiamata legge, ciò che però ne esigerebbe una ripresa in atti normativi di sistema⁷⁰. Vero è che esso assume rilievo peculiare nei casi oggetto della disciplina specifica, per i quali è quanto mai necessario e opportuno tenere conto della eterogeneità delle persone e dei pazienti, di modo che «la quantità e la qualità delle informazioni trasmesse dagli operatori sanitari siano spesso collegate alle caratteristiche biografiche, sociali e culturali dei

⁶⁷ Sottolinea il punto P. ZATTI, *Spunti per una lettura*, cit., p. 2; P. BENCIOLINI, *Il dibattito sul "fine-vita". Saper leggere e confrontarsi con i "segni dei tempi": un impegno di laicità*, in *Matrimonio*, 4/2017, p. 23, contesta, su queste basi, l'accusa di legittimazione dell'abbandono terapeutico rivolto alla legge 219; per C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno*, cit., p. 192: «è questo il sale dell'alleanza terapeutica, in cui nessun soggetto sovrasta l'altro, ma insieme si persegue il comune fine di trovare la migliore terapia possibile per il paziente»; accenti molto disincantati sull'alleanza terapeutica in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II*, cit., pp. 29-30.

⁶⁸ C. QUAGLIARIELLO-C. FIN, *Il consenso informato in ambito medico*, cit., 228: «la relazione medicopaziente non si presenta quasi mai come una relazione che coinvolge soltanto due attori. I protagonisti del processo informativo funzionale al consenso sono solitamente più numerosi»; per una critica, su questo punto, alle insufficienze della l. 219, si v. l'articolo-intervista di D. RODRIGUEZ su *quotidianosanità.it* del 3.4.2018.

⁶⁹ C. QUAGLIARIELLO-C. FIN, *Il consenso informato in ambito medico*, cit., pp. 137 ss., osservano infatti che «più importante è la posizione occupata dai medici, minore risulta essere il tempo dedicato solitamente all'informazione dei pazienti»; C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno*, cit., p. 192: «è questo un principio che dovrebbe stare alle spalle di ogni medico, come alle spalle di ogni giudice sta la scritta «la legge è uguale per tutti» – «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» (art. 1.8 e .10): un precetto giuridico ed etico insieme, che pone al centro della medicina le persone, la loro umanità, le loro relazioni».

⁷⁰ C. QUAGLIARIELLO-C. FIN, *Il consenso informato in ambito medico*, cit., p. 225: «se si analizza la prassi sanitaria, lungi dal constatarsi quell'accrescimento del tempo dedicato dai medici al processo informativo che ci si aspetterebbe in corrispondenza dell'aumento delle informazioni da trasmettere al paziente, emerge piuttosto come, in concreto, l'informazione medesima sia spesso limitata da una serie di fattori sia esterni sia interni all'operatore sanitario».

pazienti»⁷¹. Di nuovo soccorre il codice di deontologia medica, il cui art. 33 prevede che «il medico adegua la comunicazione alla capacità di comprensione della persona assistita [...] tenendo conto della sensibilità e reattività emotiva, in particolare in caso di prognosi infauste».

Le cure devono infatti rimanere forma della cura ed espressione di una relazione, se non di un'alleanza, anziché occasione di una reificazione, ancorché benevola, del paziente⁷². Nella cura, accanto alla valutazione tecnica, deve trovare spazio la componente di giudizio etico e di approccio psicologico, «giudizi o considerazioni che hanno a che fare con la propria prospettiva morale, con la propria rappresentazione della vita e della dignità»⁷³. Il richiamo all'appropriatezza delle cure «significa che devono essere “a misura” della persona e non solo della catalogazione clinica della sua patologia. La valutazione di sofferenza, svantaggi e rischi deve includere la prospettiva del singolo paziente»⁷⁴.

Questo significa che il consenso informato deve rimandare a una relazione autentica, che prenda il tempo necessario, e non a una formalità cui si assolve burocraticamente con la firma apposta a un modulo. Il rischio simmetrico è quello che consegua a un'assolutizzazione della volontà del paziente che porti a reificare, a questo punto, il medico (o l'équipe sanitaria), «rendendolo mero esecutore della volontà del paziente e privandolo, così, della propria autonomia», impedendogli di agire secondo un «principio di beneficialità» verso il paziente⁷⁵. L'art. 1.6. recupera – da altro punto di vista – un ruolo del medico, in quanto «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali». Tali riferimenti alle buone pratiche e alla deontologia professionale introducono elementi di mediazione che scongiurano lo schiacciamento dell'équipe sanitaria sulla volontà del paziente, cui, evidentemente, non corrisponde la pretesa qualifica di sovrano. La preoccupazione opposta è che la disposizione non diventi una clausola di svuotamento del diritto di rifiutare cure⁷⁶.

La relazione consente l'accompagnamento del paziente, ma non deve esautorarne la determinazione. Come è stato sostenuto, il diritto all'autodeterminazione ha un carattere

⁷¹ C. QUAGLIARIELLO-C. FIN, *Il consenso informato in ambito medico*, cit., p. 144.

⁷² A questo profondo senso antropologico rinvia il concetto di proporzionalità delle cure per M. CHIODI-M. REICHLIN, *Morale della vita*, cit., pp. 76 ss.

⁷³ A. D'ALOIA, *Tra rifiuto di cure*, cit., p. 8.

⁷⁴ P. ZATTI, *Spunti per una lettura*, cit., p. 5; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *BioLaw Journal*, 2/2018, p. 106.

⁷⁵ Il rischio è sottolineato da L. MINGARDO, *Il testamento biologico*, cit., p. 98. Con grande efficacia, C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno*, cit., p. 193: «si dà spazio così a quella autonomia professionale del medico che costituisce parte essenziale dell'alleanza terapeutica al pari dell'autonomia decisionale del paziente, a condizione che non sia esercitata per tradire la volontà di quest'ultimo, ma, al contrario, per interpretarla e inverarla alla luce di novità cliniche e terapeutiche non prevedibili all'atto della sottoscrizione delle DAT».

⁷⁶ U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., p. 21.

prestazionale che innesca la doverosità dell'intervento amministrativo⁷⁷ e reclama un rispetto *erga omnes*. A tal fine, l'art. 1.6 opportunamente introduce un elemento di chiarezza laddove prescrive che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo», anche «nelle situazioni di emergenza o di urgenza» (art. 1.7). E l'art. 1.5, riferendosi ancora al rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza, impegna il medico a prospettare «al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica».

Ancora: all'art. 5 si introduce il principio della «pianificazione condivisa delle cure», significativo sin dalla dizione.

La relazione è insomma promozionale dell'autonomia⁷⁸, non un elemento di confusione, sfruttando il quale si possa continuare a mantenere in condizione di minorità o di ostaggio il paziente. Terminologicamente, la legge non parla di decisione, né di mere dichiarazioni o di direttive, ma di disposizioni⁷⁹. E tuttavia, l'efficacia delle disposizioni sembra assimilabile a quello che, nel linguaggio giuridico, corrisponde alla direttiva⁸⁰.

A garanzia del rispetto della volontà del disponente, è introdotta la figura del fiduciario, cui sono affidate le DAT: questi è colui o colei che subentra nella relazione con il medico e con la struttura sanitaria (art. 4), nel garantire il rispetto delle disposizioni nel momento in cui il paziente non possa più provvedervi autonomamente. Non si tratta di un esecutore privo di rilievo, se è vero che è proprio il fiduciario che, in accordo con il medico, può perfino acconsentire a che il medico disattenda le DAT (art. 4.5) «qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita». La presenza del fiduciario, con il suo ruolo, vale a relativizzare alcune obiezioni sull'attualità del consenso informato⁸¹, che può essere reso o in una fase troppo prematura, in un momento di benessere psico-

⁷⁷ N. VETTORI, *Diritti della persona*, cit., p. 106.

⁷⁸ È il modello che si ricava dall'impostazione di M. CHIODI-M. REICHLIN, *Morale della vita*, cit.; C. CASALONE, *Abitare responsabilmente il tempo delle DAT*, in *Aggiornamenti sociali*, 2018, pp. 112 ss.

⁷⁹ Attenzione alle scelte terminologiche è dedicata da U. ADAMO, *Alcune osservazioni*, cit., pp. 411-412; vi si ricorda che «Dichiarazioni» era il termine usato nel Documento «Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita», redatto dalla Corte dei Gentili, intendendo, con l'impiego di tale termine, quelle decisioni rivolte «al futuro in previsione di situazioni ipotetiche [e che] esigono una mediazione interpretativa, di attualizzazione e di concretizzazione, volta al fine del miglior rispetto delle convinzioni, delle preferenze e della volontà del dichiarante nella situazione data, e affidata alla collaborazione tra il medico e un fiduciario nominato dal paziente (o in mancanza un amministratore di sostegno ad hoc), ricreando così la struttura propria della relazione di cura». V. ora U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., pp. 10-11.

⁸⁰ U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., p. 11.

⁸¹ S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II*, cit., pp. 60 e 159; G. BALDINI, *Prime riflessioni*, cit., pp. 130 ss. La questione dell'attualità è sottolineata, con posizioni diverse, da A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 285 s.; e da U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., pp. 14-15, per il quale «il consenso è da

fisico e di conoscenze tecnico-sanitarie relativamente aggiornate, o troppo tardiva, viziata dalla prossimità della morte, del dolore e della paura.

La relazione tra dichiarante e fiduciario non equivale dunque a una mera «delega», ma assomiglia a un «atto di *affidamento*», che non può irrigidirsi «nella analitica indicazione di istruzioni a cui pretendere di vincolare l'operato del fiduciario, che, altrimenti, si vedrebbe privato della sua stessa autonomia, finendo per essere eterodiretto come un automa, in una sorte analoga a quella che toccherebbe al medico destinatario di d.a.t. strettamente e assolutamente vincolanti»⁸².

Il problema che pone un approccio di questo tipo è quello dell'attuazione. Da un lato, questo problema vale per ogni legge perché, come è stato autorevolmente scritto, «ogni legge, anche la migliore, viene azzoppata in Italia dall'attuazione, sia in senso normativo – decreti e regolamenti – sia in senso organizzativo/amministrativo»⁸³. E tuttavia per la tematica specifica qua discussa la questione si pone in termini accentuati⁸⁴. Da un lato, perché la legge pretende un'attenzione, in termini di cura e di relazioni, da parte del personale e delle strutture sanitarie, ma non ne supporta i costi. Concreto diviene quindi il rischio di norme-manifesto. In secondo luogo, ma in connessione, potremmo dire, semplificando un poco, che le relazioni ci sono o non ci sono e, se non ci sono, non possono certo essere create dalla norma. Siamo cioè in un ambito riconducibile al noto paradosso di Boeckenoferde. E tuttavia, il supporto legislativo non è reso inutile, nella misura in cui riconosce, promuove e accompagna uno stile di cura, rafforzando la posizione di chi, nella struttura sanitaria, nella pubblica amministrazione e nella società, intenda incarnarlo, contribuendo in questo modo a creare una cultura in cui la relazione non svuoti l'autonomia e l'autonomia non sia la maschera dell'abbandono terapeutico.

ritenersi attuale per il solo fatto che è possibile revocarlo o modificarlo in qualsiasi momento e non perché deve essere espresso nel momento stesso in cui deve trovare attuazione».

⁸² L. MINGARDO, *Il testamento biologico*, cit., p. 114.

⁸³ P. ZATTI, *Spunti per una lettura*, cit., p. 8.

⁸⁴ Come conferma l'esperienza della legge 38/2010 in tema di cure palliative e terapia del dolore, in cui, secondo G. BALDINI, *Prime riflessioni*, cit., p. 117, «la situazione riguardo all'informazione al paziente alla formazione del personale e alla costituzione delle reti cliniche-assistenziali all'interno delle strutture ospedaliere risulta del tutto insoddisfacente e ben lontana dagli obiettivi prefissati».

La disciplina delle misure dirette a contrastare il fenomeno della ludopatia dopo il Decreto Dignità: sistema a tutele crescenti o occasione perduta?*

Eugenio Tagliasacchi**

SOMMARIO: 1. Il fenomeno della ludopatia nel panorama giuridico generale. – 2. Il quadro delle fonti. – 3. Breve rassegna della giurisprudenza rilevante più recente, in particolare la sentenza del Consiglio di Stato, 4539 del 2017. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT:

Il saggio propone un esame complessivo del fenomeno della ludopatia nel contesto generale dell'ordinamento giuridico italiano e sovranazionale, soffermandosi sulle più recenti novità normative e giurisprudenziali. Dall'analisi del quadro attuale emerge l'opportunità di un riordino da parte del legislatore della materia *de qua*, finora caratterizzata dalla centralità, espressamente riconosciuta dal Consiglio di Stato e dal "Decreto Dignità", del D.L. 158/2012.

The essay suggests a global examination of the pathological gambling addiction in the general context of the Italian and EU law system, with a special focus on the most recent regulations and judgments. From this analysis is possible to point out that the matter requires a new general regulation by the Parliament. Until now the most important legislative provision is Decreto Legge 158/2012, as recognised also by the Council of State and by the Parliament itself with the so called "Decreto Dignità".

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottorando di ricerca nell'Università del Piemonte Orientale, magistrato ordinario, già procuratore dello Stato; eugenio.tagliasacchi@gmail.com.

1. Il fenomeno della ludopatia nel panorama giuridico generale

Il triste fenomeno della ludopatia¹, nel corso degli ultimi anni, ha fatto irruzione non solo nell'ambito della cronaca e degli studi sociali e sociologici, ma anche in quello giuridico, dove l'attenzione sembra crescente – anche se la bibliografia non risulta ancora abbondante – e, recentemente, il tema è stato affrontato da alcuni Autori². Nel precedente numero di questa Rivista è stato trattato in modo approfondito il profilo del contrasto alla ludopatia attraverso l'introduzione di regimi di distanze minime delle sale scommesse rispetto a determinati luoghi, considerati sensibili³.

In un'ottica più ampia, il tema del gioco e della scommessa impone ai giuristi una riflessione su una pluralità di piani, che coinvolgono anche taluni profili civilistici.

Un'attenta analisi del Codice civile mostra come già il legislatore del 1942 guardasse con sospetto al fenomeno del gioco e della scommessa. A tale proposito, rilevano le tematiche relative alla validità del contratto, alla possibilità di proporre un'azione di adempimento del “debito” di gioco e, ancora, alla ripetibilità o meno del pagamento eseguito in adempimento del predetto “debito”: come è noto, per il gioco meramente lecito si applica l'art. 1933 cod. civ., che prevede la *denegatio actionis*, ossia l'assenza di un'azione esperibile per ottenere l'adempimento dell'obbligazione, ma, al contempo, la *soluti retentio*, che non consente di ripetere quanto pagato a quel fine. Contigua è poi la relevantissima questione della natura dell'obbligazione derivante dalla stipulazione di un contratto di mutuo sottoscritto al fine di consentire la partecipazione del mutuatario al gioco o alla scommessa, qualora il mutuante abbia interesse alla partecipazione del mutuatario al gioco medesimo, ritenuta obbligazione naturale⁴, a differenza di quella che sorge nella diversa situazio-

¹ C. IURILLI, *Giocchi e scommesse La ludopatia, Il contratto, le tutele e la responsabilità sociale*, Res, Pontedera, 2016.

² R. CHIEPPA, *Gioco d'azzardo: rischi e pericoli, ritardi e timidezza dello Stato e competenza delle Regioni e Comuni nelle azioni di contrasto alle dilaganti patologie (ludopatia o gap)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 3, 2017, p. 1118; nonché R. CHIEPPA, *Una decisa affermazione della Corte costituzionale sulla rilevanza degli interessi pubblici sottostanti al regime di monopolio statale di concessione per l'esercizio di attività di gioco pubblico con vincite a denaro e sulla giustificazione di nuovi requisiti ed obblighi imposti con legge e non suscettibili di indennizzo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 2, 2015; G. MARINO, *Sale da gioco: la Regione può imporre distanze “di sicurezza” dai luoghi sensibili*, nota a C. Cost. 108/2017, in *Giustizia&Diritto*, 2017; A. VESTO, *Ludopatia: il pendolo del rimedio tra incapacità e equilibrio*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 4, 2017, pp. 1417 ss.

³ M. COSULICH, *“Fatti più in là così vicino mi fai turbar”*. *La distanza delle sale scommesse dai luoghi sensibili in alcune recenti pronunzie del Consiglio di Stato*, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2018, pp. 5 ss.

⁴ Cassazione civile, sez. I, 26/10/2015, n. 21712, che ha affermato che *l'art. 1965 del codice civile francese, analogamente all'art. 1933 c.c., prevede espressamente che il debito di gioco o il pagamento di una scommessa non siano azionabili in giudizio; tale disposizione, pur non essendo applicabile al pagamento di assegni rilasciati in favore di un casinò la cui tenuta è autorizzata dalla legge e regolamentata dai pubblici poteri, trova invece applicazione nel caso in cui il rilascio di assegni alla casa da gioco si riferisca ad un contratto di mutuo concesso dal casinò per alimentare il gioco*; Cassazione civile, sez. I, 06/04/1992, n. 4209, secondo cui *“L'estensione della disciplina dell'art. 1933 c.c., riguardante i contratti di giuoco, ai mutui a questi collegati – quali dazioni di denaro o di ‘fiches’, promesse di mutuo, riconoscimenti di debito – sussiste solo quando essi costituiscano mezzi della scommessa e siano tali da realizzare tra i giocatori le*

ne in cui il mutuo risulta stipulato *ex post* al fine di consentire l'estinzione del debito di gioco, trattandosi, in quest'ultima ipotesi, di un terzo mutuante che non ha interesse alla partecipazione al gioco del mutuatario, sicché in tal caso si configura un'obbligazione civile e non naturale⁵.

Un'altra interessante questione di cui si è occupata la giurisprudenza della Corte di Cassazione riguarda il riconoscimento della sentenza straniera di condanna al pagamento del debito derivante dal gioco, con il connesso tema dell'esistenza o meno, nel nostro ordinamento, di un principio di ordine pubblico internazionale, che precluda la possibilità di pretendere l'adempimento del debito derivante dalla partecipazione al gioco o alla scommessa meramente leciti (e non giudizialmente tutelati)⁶. Sempre in ambito civilistico va menzionata la questione dell'ammissibilità dell'amministrazione di sostegno in presenza di forme di ludopatia⁷.

Parimenti note sono le problematiche che il fenomeno della ludopatia solleva nell'ambito del diritto penale: tra queste, merita particolare menzione quella afferente alle conseguenze sulla capacità di intendere e di volere⁸.

Dalle sintetiche considerazioni fin qui espresse, si ricava la netta impressione che l'ordinamento, considerato nel suo complesso, sia sempre stato incline a manifestare un certo sfavore nei confronti del gioco e della scommessa, omettendo di offrirne una tutela perfetta secondo il modello dell'obbligazione civile e mostrando al contempo la propensione a tutelare il soggetto ritenuto debole, ossia, il debitore gravato dal debito di gioco ovvero il soggetto caduto nella spirale della ludopatia, considerato, in certa misura, alla stregua di un incapace di agire.

Si può ancora osservare, a testimonianza dello spiccato carattere interdisciplinare del tema in esame, come questo sia stato recentemente oggetto di un contributo anche su una rivi-

stesse finalità pratiche del rapporto di giuoco, concorrendo un diretto interesse del mutuante a favorire la partecipazione al gioco del mutuatario. In particolare, le 'fiches', di norma utilizzate nelle case da gioco per partecipare ai giochi ivi praticati, possono essere oggetto – data la loro convenzionale equivalenza a somme di denaro predeterminate – anche di rapporti di natura diversa, quali l'attuazione di mutui o l'estinzione di debiti, con la conseguenza che la consegna di 'fiches' ad uno dei partecipanti al gioco non è elemento determinante ed esclusivo per la qualificazione del rapporto come di mutuo ovvero di associazione alla giocata, dovendo il relativo accertamento avvenire sulla base della volontà negoziale delle parti e della concretezza del rapporto tra le stesse instaurato”.

⁵ Cassazione civile, sez. III, 31/01/2008, n. 2386, secondo cui “Il mutuo successivo allo svolgimento del giuoco, concesso dal terzo estraneo al giocatore perdente affinché questi adempia il proprio debito nei confronti del vincitore, non è funzionalmente collegato al giuoco, sicché il mutuante può ripetere la somma consegnata al mutuatario quand'anche fosse consapevole che la somma stessa era stata perduta nel corso di un giuoco d'azzardo vietato”.

⁶ Cassazione civile, sez. I, 27/09/2012, n. 16511, secondo cui *Non produce effetti contrari all'ordine pubblico e, quindi, può essere riconosciuta in Italia, ai sensi degli art. 64 e 67 l. n. 218 del 1995 la sentenza straniera (nella specie, emessa dalla Corte suprema delle Bahamas) recante condanna per un debito attinente al gioco d'azzardo legalmente esercitato (nella specie, debito contratto presso la direzione del Casinò delle Bahamas per l'acquisto delle fiches), atteso che, in ambito nazionale e in ambito comunitario, non esiste un disfavore dell'ordinamento giuridico nei confronti del gioco d'azzardo in quanto tale, ove esso non sfugga al controllo degli organismi statuali e non si esponga, pertanto, alle infiltrazioni criminali.*

⁷ C. IURILLI, *L'amministrazione di sostegno: poteri e funzioni in tema di giochi, scommesse e ludopatia*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc.1, 2017, p. 221.

⁸ P. RIVELLO, *L'imputabilità e l'infermità mentale nel contesto del diritto vivente*, in *Cassazione Penale*, fasc. 1, 2018.

sta di medicina legale⁹. L'Autrice, che fornisce una descrizione precisa della fenomenologia del disturbo di cui si tratta, precisa che con il termine «ludopatia» si suole indicare “*una patologia che caratterizza i soggetti affetti da sindrome da gioco con vincita in denaro. Le persone che hanno dipendenza da gioco, nonostante le gravi conseguenze che questo può comportare (perdite finanziarie e dei propri beni, ripercussioni sull'ambiente di lavoro, separazioni e divorzi), non riescono a sottrarsi da questo disturbo compulsivo, così non solo trascurando di svolgere le attività promozionali allo sviluppo della personalità (come studio e lavoro) ma, altresì, finendo per sviluppare altre dipendenze, compromettendo la propria vita e quella altrui*”¹⁰. Del resto anche la giurisprudenza amministrativa italiana ha già utilizzato un analogo registro espressivo, facendo riferimento a un “*disturbo del comportamento assimilabile, quanto ad effetti e a modalità di estrinsecazione, alla tossicodipendenza, e, come tale, incide direttamente sulla salute psichica del soggetto che ne risulta affetto*”¹¹.

È chiarissima in tal senso anche la posizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, che ha inserito nell'*International Classification of Diseases* anche la “*gambling addiction*”. Non mancano, infine, aspetti degni di rilievo anche nell'ambito del diritto amministrativo ed è proprio a questi che occorre volgere lo sguardo in ragione di talune recenti novità. Invero, a tale ultimo riguardo, l'attenzione maggiore è stata riservata dagli interpreti allo specifico profilo delle interferenze con la libertà di iniziativa economica¹². In quest'ottica è possibile individuare due principali prospettive di indagine: da un lato le restrizioni concernenti il divieto di collocazione delle sale slot in prossimità di luoghi ritenuti “*sensibili*”¹³, dall'altro, le limitazioni degli orari di apertura delle medesime, delle quali si dirà nel prosieguo.

2. Il quadro delle fonti

Il quadro delle fonti specificamente riferibili al contrasto della ludopatia appare particolarmente frammentato, ma è possibile ricondurre la materia di cui si tratta a taluni principi generali.

⁹ A. VESTO, *Ludopatia: il pendolo del rimedio tra incapacità e equilibrio*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 4, 2017, pp. 1417 ss.

¹⁰ A. VESTO, op. cit., p. 1417.

¹¹ T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. I, sent. n. 2411/2015. Sul punto cfr. anche M. COSULICH, op. cit.

¹² Si veda, a titolo esemplificativo, il contributo di M. LIBERTINI, *Osservazioni in materia di orari di apertura degli esercizi commerciali, di limiti all'iniziativa economica pubblica e su alcune questioni minori*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 3, 2017, p. 1012; M. MADONNA, *Contrasto alla ludopatia e distanze dagli istituti scolastici delle strutture adibite ad attività di scommesse*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2013, fasc. 3, pp. 1036-1039; ancora il già citato lavoro di M. COSULICH, “*Fatti più in là così vicino mi fai turbar*”. *La distanza delle sale scommesse dai luoghi sensibili in alcune recenti pronunzie del Consiglio di Stato*, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2018, pp. 5 ss.

¹³ Sul punto si rinvia nuovamente all'approfondita analisi di M. COSULICH, op. cit.

Anzitutto, occorre rilevare che manca una normativa comunitaria specifica sul contrasto alla ludopatia, ma il Parlamento europeo ha approvato nel 2013 una risoluzione nella quale si esplicita la legittimità degli interventi degli Stati membri a protezione dei giocatori d'azzardo. Tale risoluzione appare rilevante poiché risulta riferibile alla possibilità di pervenire alla compressione di alcuni principi cardine dell'ordinamento comunitario quali, in particolare, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi (connesse alla già menzionata libertà di iniziativa economica), come evidenziato anche dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 22/01/2015, Causa Stanley International Betting Ltd e a. c. Ministero dell'Economia e delle Finanze¹⁴. Con questa significativa pronuncia la Corte ha affermato la regola secondo cui *“spetta a ciascuno Stato membro decidere se, nel contesto dei legittimi scopi da esso perseguiti, sia necessario vietare totalmente o parzialmente attività riconducibili ai giochi e alle scommesse, oppure soltanto limitarle e prevedere a tal fine modalità di controllo più o meno rigorose”*.

Nel 2014 è intervenuta sul tema anche la Commissione Europea con una raccomandazione sul gioco d'azzardo on line, con cui ha stabilito i principi che gli Stati membri sono invitati a osservare al fine di tutelare i consumatori, con particolare riferimento ai minori e ai soggetti più deboli¹⁵. Si tratta, quindi, di una raccomandazione che è ricondotta in senso ampio alla tutela dei consumatori ed è volta ad indirizzare gli Stati membri *“verso un livello elevato di protezione per i consumatori, gli utenti e i minori grazie all'adozione di principi relativi ai servizi di gioco d'azzardo on-line e alla pubblicità e sponsorizzazione responsabile di questi servizi. Detti principi mirano a salvaguardare la salute e a ridurre al minimo gli eventuali danni economici che possono derivare dal gioco d'azzardo eccessivo o compulsivo”*.

Tale raccomandazione si inserisce in un più ampio contesto rappresentato dal piano d'azione 2012 della Commissione sui servizi di gioco d'azzardo on-line, *“Verso un quadro normativo europeo approfondito relativo al gioco d'azzardo on-line”*, adottato il 23 ottobre 2012 (IP/12/1135 e MEMO/12/798).

La raccomandazione detta una serie di prescrizioni relative alle informazioni di base che dovrebbero essere inserite sui siti web di gioco d'azzardo, al fine di assicurare che i consumatori dispongano di informazioni sufficienti per rendersi conto dei rischi adesso collegati; prevede che le comunicazioni commerciali (pubblicità e sponsorizzazione) siano effettuate responsabilmente; enuncia la regola secondo cui gli Stati membri dovrebbero predisporre una particolare tutela per i minori, al fine di evitare che essi abbiano accesso al gioco d'azzardo on-line e prevedere norme atte a ridurre al minimo i contatti tra i minori e il gioco stesso, anche limitando la pubblicità o la promozione del gioco d'azzardo mediante mezzi audiovisivi o altre forme; afferma che dovrebbe essere prevista una modalità

¹⁴ La sentenza è disponibile sul sito www.federalismi.it.

¹⁵ 2014/478/UE: Raccomandazione della Commissione, del 14 luglio 2014, sui principi per la tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi di gioco d'azzardo on line e per la prevenzione dell'accesso dei minori ai giochi d'azzardo on line.

di registrazione per creare un “*conto di gioco*”, con l’obiettivo di obbligare i consumatori a fornire informazioni sulla loro età e identità, sottoponendole a verifica da parte degli operatori; auspica che sia resa disponibile un’assistenza costante per prevenire problemi relativi al gioco d’azzardo, con la fissazione di limiti di spesa durante il processo di registrazione, predisponendo un sistema che assicuri la possibilità di ricevere messaggi di allerta sulle vincite e le perdite nonché di sospendere la partecipazione al gioco medesimo; raccomanda la previsione di linee telefoniche alle quali i giocatori possano ricorrere per chiedere assistenza con possibilità di autoescludersi facilmente dai siti di gioco d’azzardo; stabilisce che la pubblicità e la sponsorizzazione dei servizi di gioco on-line siano più trasparenti e più responsabili sotto il profilo sociale, evitando di incitare al gioco o di lasciare intendere che esso risolve problemi sociali, professionali, personali o finanziari; raccomanda che gli Stati membri assicurino che i dipendenti degli operatori che interagiscono con i giocatori ricevano una formazione idonea a consentire loro di comprendere i problemi di dipendenza, comunicando in modo corretto con i giocatori; auspica, infine che gli Stati membri realizzino adeguate campagne di sensibilizzazione anche attraverso la designazione di competenti autorità di regolamentazione.

A livello nazionale, poi, si registra un complesso intreccio di legislazione statale, regionale e regolamentazione comunale¹⁶.

Va anzitutto ricordato il vigente regime di concessioni e di autorizzazioni per l’esercizio del gioco d’azzardo o per l’apertura delle sale slot, nonché la fondamentale disciplina dettata in materia dall’art. 110 del R.D. n. 773/1931 (t.u.l.p.s.) più volte novellato, oltre a specifici provvedimenti più recenti, quali la Legge 220/2010 e il DL 98/2011.

Tuttavia, l’intervento più significativo in materia di contrasto alla ludopatia è rappresentato dal D.L. 158/2012¹⁷.

Tale normativa opera su una pluralità di fronti.

Essa prevedeva, all’art. 5, un “*aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza con particolare riferimento alle persone affette da malattie croniche, da malattie rare, nonché da ludopatia*”, stabilendo, nel rispetto degli equilibri programmati di finanza pubblica e con una articolata procedura, idonea a coinvolgere una pluralità di soggetti istituzionali, che si provvedesse ad aggiornare i livelli essenziali di assistenza con riferimento alle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette da ludopatia, intesa come patologia che caratterizza i soggetti affetti da sindrome da gioco con vincita in denaro, così come definita dall’Organizzazione mondiale della sanità (G.A.P.), dove G.A.P., sta per “*gioco d’azzardo patologico*”. A tal fine la disposizione citata prevedeva l’adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, d’intesa con la Conferenza perma-

¹⁶ Per un’ipotesi ricostruttiva del complesso quadro delle fonti si rinvia ancora a M. COSULICH, op. cit.

¹⁷ Testo normativo più noto come Decreto Balduzzi dal nome del Ministro della salute proponente, Professor Renato Balduzzi, convertito con la L. 8 novembre 2012, n. 189.

nente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano e con il parere delle Commissioni parlamentari competenti. Successivamente i nuovi L.e.a. sono stati effettivamente attuati con gli artt. 28 e 35 del D.P.C.M. 12 gennaio 2017¹⁸, secondo cui la “dipendenza da gioco d’azzardo” rientra nelle “dipendenze patologiche”.

Un’ulteriore e molto articolata previsione del D. L. 158/2012, inserita all’art. 7, rubricato “*Disposizioni in materia di vendita di prodotti del tabacco, misure di prevenzione per contrastare la ludopatia e per l’attività sportiva non agonistica*” stabilisce una pluralità di misure di salvaguardia, ancora vigenti.

Proprio sulla portata del D.L. 158/2012 si avrà modo di tornare, ma, per completare una breve e necessariamente incompleta sintesi del quadro normativo, non possono essere dimenticati i frequenti interventi normativi realizzati a livello Regionale per disciplinare il fenomeno in questione¹⁹, oltre a un cospicuo numero di cosiddette “*ordinanze antislot*” adottate dai Comuni e a interventi assunti sul piano urbanistico, tra cui anche quello posto in essere dal Comune di Milano²⁰.

È poi significativo che l’art. 14, della legge 11 marzo 2014, n. 23 (Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita), abbia previsto il conferimento al Governo della delega legislativa per il riordino in un codice delle disposizioni vigenti in materia di giochi pubblici. Tra i criteri di delega si leggeva anche un riferimento alla necessità dell’adeguamento della normativa «all’esigenza di prevenire i fenomeni di ludopatia ovvero di gioco d’azzardo patologico e di gioco minorile» (lettera a) del comma 2); la delega non è tuttavia stata esercitata nei tempi e ha dunque perso efficacia.

Anche il recentissimo c.d. “Decreto Dignità”²¹ interviene, all’art. 9, sul tema del contrasto alla ludopatia, con riferimento sia al gioco online, sia agli apparecchi da intrattenimento collocati in bar e sale slot, sia ai tagliandi delle lotterie instantanee.

Anzitutto dal punto di vista terminologico si può osservare come la Legge di conversione abbia optato per una espressione diversa da quella tradizionale, preferendo a “ludopatia” la diversa formula “disturbo da gioco d’azzardo”: il comma 1-*bis* dell’articolo 9 stabilisce, infatti, che nelle leggi e negli altri atti normativi nonché negli atti e nelle comunicazioni comunque effettuate su qualunque mezzo, i disturbi correlati a giochi o scommesse con vincite di denaro siano definiti “*disturbi da gioco d’azzardo (DGA)*”.

¹⁸ Il DPCM è stato adottato in base ai commi 553 e ss della L. 208/2015, che ha di conseguenza previsto l’abrogazione dell’art. 5, c. 5 del D.L. 158/2012, pur facendosi carico degli indirizzi sostanziali da quest’ultimo espressi.

¹⁹ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla Legge Regione Lombardia 8/2013 o a quella della Regione Piemonte 9/2016.

²⁰ Sul punto il Tar Lombardia Milano, sentenza 17 novembre 2015, n. 2412, ha accolto il ricorso di un gestore di sale da gioco proposto contro il Regolamento edilizio del Comune con riferimento al divieto di aperture di a una distanza inferiore di 500 metri dai luoghi individuati come «sensibili» (per esempio le scuole).

²¹ D.L. 87 del 12 luglio 2018, convertito, con modificazioni, in L. 9 agosto 2018, n. 96.

Appare rilevante, poi, che il primo comma dell'articolo 9 precisi la *voluntas legis*, chiarendo come la finalità sia quella “*del rafforzamento della tutela del consumatore*”. In tal modo sembrerebbe possibile registrare un mutamento di prospettiva rispetto al t.u.l.p.s. e al D. L. 158/2012, in quanto potrebbe sembrare che vi sia una sorta di *regressione* dall'ottica dell'ordine pubblico e, soprattutto, della tutela della salute a quella della protezione del consumatore, in linea con la già citata Raccomandazione della Commissione del 14 luglio 2014. Tale impressione pare, però, smentita dalla previsione del successivo art. 9-*bis*, di cui subito si dirà, concernente la prescrizione dell'obbligo di inserire l'avvertenza “questo gioco nuoce alla salute”.

È poi molto significativo che il testo normativo in commento, al primo periodo del primo comma, si premuri di precisare immediatamente che resta fermo quanto previsto dall'articolo 7, commi 4 e 5, del D.L. 158/2012, ad ulteriore dimostrazione del fatto che questo continua a rappresentare il nucleo fondamentale della normativa sul contrasto alla ludopatia. La novità più importante del Decreto 87/2018 è rappresentata dall'introduzione del divieto “*di qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro nonché al gioco d'azzardo, comunque effettuata e su qualunque mezzo, incluse le manifestazioni sportive, culturali o artistiche, le trasmissioni televisive o radiofoniche, la stampa quotidiana e periodica, le pubblicazioni in genere, le affissioni e i canali informatici, digitali e telematici, compresi i social media*”. Inoltre, dal 1° gennaio 2019 il Decreto prevede l'estensione del divieto in questione anche alle sponsorizzazioni di eventi, attività, manifestazioni, programmi, prodotti o servizi e a tutte le altre forme di comunicazione di contenuto promozionale. Viene, tuttavia, fatta eccezione per le lotterie nazionali a estrazione differita, le manifestazioni di sorte locali di cui all'articolo 13 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 2001, n. 430, e i loghi sul gioco sicuro e responsabile dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli.

Oltre alla previsione sulla pubblicità, l'art. 9 del D.L. 87/2018 prevede che entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, il Governo proporrà una riforma complessiva della materia dei giochi pubblici “*in modo da assicurare l'eliminazione dei rischi connessi al disturbo da gioco d'azzardo e contrastare il gioco illegale e le frodi a danno dell'erario, e comunque tale da garantire almeno l'invarianza delle corrispondenti entrate*”. Al già menzionato art. 9-*bis* viene introdotta un'ulteriore novità, essendo previsto che sui tagliandi delle lotterie istantanee siano inseriti messaggi in lingua italiana, su entrambi i lati, recanti avvertenze relative ai rischi connessi al gioco d'azzardo e, in particolare, la dicitura “*questo gioco nuoce alla salute*”. Avvertimenti analoghi andranno collocati anche sugli apparecchi da intrattenimento previsti dall'articolo 110, comma 6, lettere a) e b), del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, nonché nelle aree e nei locali dove questi vengono installati. Per l'art. 9-*quater* l'accesso agli apparecchi da intrattenimento sarà consentito soltanto con la tessera sanitaria, al fine di impedire ai minori l'accesso al gioco.

L'art. 9-*ter* prevede una forma di monitoraggio svolta dal Ministero dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministero della salute, sull'offerta dei giochi, mentre l'art. 9-*quinq*ues prevede, infine, l'istituzione del logo “*No Slot*”, che potrà essere riconosciuto ai tito-

lari di pubblici esercizi o di circoli privati che eliminano o si impegnano a non installare gli apparecchi da intrattenimento.

3. Breve rassegna della giurisprudenza rilevante più recente, in particolare la sentenza del Consiglio di Stato n. 4539 del 2017

Negli ultimi anni si è registrata una pluralità di interventi della giurisprudenza, soprattutto amministrativa, connessi al fenomeno della ludopatia.

Il Consiglio di Stato ha recentemente affermato che il g.a.p. deve essere ricondotto *“tra le patologie che mettono a rischio la salute intesa come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, la cui tutela è affidata dalla Carta Costituzionale alla Repubblica ai sensi dell’art. 32 di essa”*, con potestà legislativa esercitabile in via concorrente da Stato e Regione in virtù del successivo disposto di cui all’art. 117, comma 3²². Ha precisato, inoltre, con riferimento all’esercizio dell’attività di raccolta di gioco lecito mediante apparecchi VLT, che mentre l’autorizzazione di polizia *“mira al contrasto dei fenomeni di criminalità legati al mondo delle scommesse (art. 88 R.D. n. 773/1931, TULPS)”*, la S.C.I.A., per contro, consente sotto un diverso profilo *“di verificare il rispetto di quegli altri interessi che devono essere tutelati nell’esercizio dell’attività commerciale in questione, tra i quali spicca quello della tutela del consumatore rispetto alla cd. Ludopatia”*.

Sempre il Consiglio di Stato in una recentissima pronuncia²³ ha affrontato il tema della limitazione del funzionamento giornaliero delle macchine da gioco, al quale si accennava in precedenza.

Dopo aver fornito una ricostruzione del composito quadro normativo della materia, la sentenza individua in capo all’amministrazione non solo la legittimazione ma addirittura *“un vero e proprio obbligo a porre in essere interventi limitativi nella regolamentazione dell’attività di gioco”*, in una prospettiva riconducibile alla tutela della salute.

In particolare, il caso affrontato dal Consiglio di Stato trae origine da un ricorso proposto contro un’ordinanza sindacale del Comune di Alessandria²⁴, con la quale era stata disposta una sospensione giornaliera di tre ore del funzionamento degli apparecchi per il gioco d’azzardo. Significativamente, la sentenza ha affermato la piena legittimità del provvedimento impugnato, ancorché non preceduto da una preventiva istruttoria volta ad accertare

²² Cons. Stato Sez. IV, 16-06-2017, n. 2956; Cons. Stato Sez. IV, 16-06-2017, n. 2957; Cons. Stato Sez. IV, 16-06-2017, n. 2958.

²³ Cons. Stato, Sez. V, 08-08-2018, n. 4867.

²⁴ Comune di Alessandria, Ordinanza sindacale n. 492 del 20 settembre 2016, attuativa dell’art. 6 della legge regionale Piemonte 2 maggio 2016, n. 9, “Norme per la prevenzione e il contrasto alla diffusione del gioco d’azzardo patologico”. Si veda Cons. Stato, sez. IV, 10-07-2018, n. 4201 per una rassegna giurisprudenziale sulla legittimità del potere sindacale di determinare gli orari delle sale da gioco.

la reale consistenza del fenomeno del G.A.P. a livello territoriale, sulla scorta della considerazione che la diffusione della ludopatia deve essere ritenuta alla stregua di un fatto notorio, che trova sufficiente riscontro nella stessa necessità di emanare una legge regionale volta a prevenire e contrastare i fenomeni di patologia sociale ad essa connessi²⁵.

Assume, infine, la massima rilevanza una recente sentenza del Consiglio di Stato²⁶, intervenuta sulla questione relativa al persistente obbligo dell'Amministrazione dello Stato, anche dopo l'entrata in vigore del D.L. 158/2012, di emanare linee d'azione per la prevenzione, il contrasto e il recupero di fenomeni di ludopatia conseguente a gioco compulsivo ai sensi dell'art. 1, comma 70, della legge n. 220 del 2010, nonché per l'avviamento delle misure di cui all'art. 24, comma 23, del d.l. n. 98 del 2011²⁷.

La prima delle norme richiamate prevedeva l'adozione di linee d'azione per la prevenzione, il contrasto e il recupero di fenomeni di ludopatia conseguente a gioco compulsivo con decreto interdirigenziale del Ministero dell'economia e delle finanze – Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato e del Ministero della salute d'intesa con la Conferenza unificata. La seconda disposizione, invece, stabiliva che ai fini del miglior conseguimento degli obiettivi di tutela del giocatore e di contrasto ai fenomeni di ludopatia connessi alle attività di gioco, il Ministero dell'economia e delle finanze – Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, dovesse avviare, seppur in via sperimentale, procedure di analisi e verifica dei comportamenti di gioco allo specifico fine di introdurre misure di prevenzione dei fenomeni ludopatici.

Orbene, in questo contesto si inserisce l'azione proposta dal Codacons (Coordinamento di associazioni per la tutela dell'ambiente e dei diritti di utenti e consumatori) e dalla Società italiana di intervento sulle patologie compulsive.

Degna di rilievo è anzitutto la prospettiva processuale in cui si colloca il ricorso. Si tratta, infatti, di una c.d. "class action pubblica", proposta ai sensi dell'art. 3, del D.lvo n. 198/2009 (c.d. Decreto Brunetta), volta ad ottenere l'emanazione delle predette linee d'azione, nel contesto di un'azione di condanna per l'efficienza dell'azione amministrativa.

Il Tar per il Lazio – Roma, con un'articolata sentenza aveva dichiarato inammissibile uno dei ricorsi riuniti per difetto di legittimazione attiva delle associazioni ricorrenti, contestualmente accogliendo l'altro e, per l'effetto, ordinando *"al Ministero dell'economia e delle finanze, al Ministero della Salute e alla Conferenza Unificata, per quanto di rispettiva competenza, di adottare, di concerto o d'intesa, il decreto interdirigenziale previsto dall'art. 1, comma 70 della legge n. 220/2010"*.

La sentenza veniva impugnata dal Ministero dell'economia e delle finanze, dal Ministero della Salute, dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato e dalla Presidenza del

²⁵ In tal senso si veda anche T.A.R. Venezia, (Veneto), sez. III, 06/11/2017, n. 982.

²⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 28-09-2017, n. 4539.

²⁷ Cons. Stato Sez. IV, 28-09-2017, n. 4539.

Consiglio dei Ministri sull'unico presupposto della violazione e falsa applicazione degli artt. 5 e 7 del decreto legge 13 settembre 2012, n. 158.

Secondo la tesi prospettata dagli appellanti, l'anzidetto decreto, che era stato emanato successivamente al deposito della sentenza impugnata, avrebbe disciplinato *ex novo* la materia oggetto del decreto interdirigenziale previsto dall'art. 1, comma 70 della legge n. 220 del 2010, e avrebbe quindi individuato direttamente (peraltro con norma di rango primario) le linee d'azione per il contrasto alla ludopatia, linee che dovevano essere attuate con decreti legislativi delegati. Nell'ottica delle Amministrazioni appellanti, quindi, l'imminente emanazione dei decreti avrebbe reso inutile, oltre che inopportuna, la prevista adozione del decreto interdirigenziale.

In conseguenza di quanto sopra, stante l'avvenuto superamento della previsione che prescriveva l'adozione delle linee guida, in virtù del principio della successione delle leggi nel tempo, sarebbe venuto meno il presupposto logico giuridico alla base della sentenza del TAR, sicché ne veniva chiesto l'annullamento senza rinvio.

Più precisamente, essendo venuto meno il presupposto (e secondo gli appellanti anche l'opportunità) dell'adozione dell'atto amministrativo generale, ossia il decreto interdirigenziale, la condanna pubblicistica contenuta nella sentenza non avrebbe potuto essere eseguita *“per la sopravvenuta mancanza dell'oggetto giuridico di essa, ovvero la norma (presupposta) che rappresentava la base legale per l'adozione del decreto medesimo”* e che era stata valutata dal Tar come parametro della legittimità dell'inerzia rispetto all'obbligo di adottare l'atto. Appare, dunque, particolarmente interessante, dal punto di vista della gerarchia delle fonti, la tesi delle Amministrazioni, poi ritenuta infondata dal Consiglio di Stato, secondo cui l'adozione di un atto amministrativo generale sarebbe stata in qualche modo inopportuna in ragione dell'attesa adozione dei decreti attuativi della normativa che avrebbe superato quella su cui si doveva fondare l'atto generale.

Il D.L. 158/2012 all'art. 5, come illustrato in precedenza, prevedeva la disciplina dell'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza anche rispetto alla ludopatia. A tal fine, si prevedeva l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e con il parere delle Commissioni parlamentari competenti. Una corretta interpretazione del Decreto impone dunque di ritenere che l'oggetto della disciplina non fosse specificamente l'adozione di misure di contrasto alla ludopatia, quanto, piuttosto, l'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza.

Del pari, l'art. 7 del decreto, illustrato in precedenza e rubricato *“Disposizioni in materia di vendita di prodotti del tabacco, misure di prevenzione per contrastare la ludopatia e per l'attività sportiva non agonistica”* introduce una disciplina non sempre esattamente coincidente con gli obiettivi perseguiti dalla legge del 2010, essendo il D.L. 158/2012 *“di più ampio respiro”* – come giustamente lo definisce il Consiglio di Stato – atteso che esso interviene su un ambito particolarmente esteso, che va *“dalla regolamentazione del regime pubblicistico del rilascio dei titoli concessori o autorizzatori a quella dei messaggi pubblicitari; alla trasparenza delle condizioni di gioco e di vincita; alla predisposizione di formule*

di avvertimento sul rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincite in denaro sulle schedine ovvero sui tagliandi dei giochi; alla previsione di iniziative didattiche di educazione sul tema del gioco negli istituti di istruzione primaria e secondaria; all'introduzione di figure di illecito amministrativo pecuniariamente sanzionate; alla previsione di un sistema integrato, anche con l'ausilio delle forze dell'ordine, per la repressione degli illeciti; alla definizione dei luoghi sensibili e della pianificazione di forme di progressiva ricollocazione dei punti della rete fisica di raccolta del gioco".

Risultano, poi, molto significative le affermazioni del Consiglio di Stato volte ad escludere qualsiasi incompatibilità tra il D.L. 158/2012 e le normative precedenti, atteso che si rileva un rapporto di complementarità tra loro, o meglio un *nesso di continuità e di progressività nel sistema di tutela e di protezione.*

La sentenza in commento trae ulteriori conferme anche dalla copiosa normativa in materia di regolamentazione dei giochi che configura una sorta di *"sistema cd. a tutele crescenti"*, sicché perviene ad affermare che l'entrata in vigore del D.L. 158/2012 non può in nessun modo essere di ostacolo all'adozione di un atto amministrativo generale previsto da una legge tuttora vigente, ma rappresenta, al contrario, *"un passo necessario verso l'attuazione di obiettivi posti dal legislatore in modo frammentato"*.

4. Conclusioni

Dal sintetico quadro sopra descritto emerge chiaramente come sia sempre maggiore l'attenzione della legislazione statale (ma anche di quella regionale e della regolamentazione comunale) nonché della giurisprudenza per il fenomeno della ludopatia.

Al tempo stesso non può passare inosservata la mancanza di una disciplina organica e, invero, anche un certo disinteresse della dottrina. In questo quadro si colloca la "dichiarazione di intenti" di cui al menzionato comma 6-bis dell'art. 9 del Decreto 87/2018, secondo cui entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto medesimo *"il Governo propone una riforma complessiva in materia di giochi pubblici"*.

A tale ultimo proposito, è consentito, allora, domandarsi per quale ragione sia stato ulteriormente rinviato un intervento di integrale riordino – di cui lo stesso legislatore, del resto, ha avvertito la necessità – preferendo, invece, optare per l'immediata adozione di misure sulla cui concreta efficacia ai fini del contrasto di un'autentica malattia, qual è la ludopatia, è consentito dubitare. Le misure del Decreto Dignità, infatti, pur essendo apprezzabili, in quanto dirette a rafforzare il contrasto del fenomeno in questione, appaiono sostanzialmente ripetitive delle norme sulla regolamentazione di un settore completamente diverso: quello dei tabacchi.

Il divieto di ogni forma di pubblicità reitera le previsioni della Legge 10 aprile 1962, n. 165 sul *"Divieto della propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo"*. Analogamente, la prescrizione relativa all'avvertenza *"questo gioco nuoce alla salute"* ricorda la corrispondente previsione in origine introdotta dalla Legge 29 dicembre 1990 n. 428, all'art. 46.

Non è stato, così, accolto nemmeno l'implicito invito a provvedere al riordino della materia, contenuto nella sentenza del Consiglio di Stato n. 4539/2017, in cui la disciplina vigente è stata definita "frammentata".

Inoltre, la trasposizione della normativa in materia di tabacchi all'ambito del contrasto della ludopatia può lasciare perplessi, in considerazione dell'eterogenità dei due fenomeni, che appaiono avvicinati solo per il fatto di essere qualificabili alla stregua di dipendenze patologiche, ma che si collocano in contesti molto diversi e comportano conseguenze ben differenti.

Ne consegue, quindi, che gli interpreti possono legittimamente porsi il dilemma cui si fa riferimento nel titolo del presente contributo, domandandosi se il Decreto Dignità integri una sorta di "*occasione perduta*" ovvero rappresenti un passo ulteriore in quel "*sistema a tutele crescenti*" efficacemente evocato dalla più volte menzionata sentenza n. 4539/2017 del Consiglio di Stato. Non esiste, almeno ad oggi, la possibilità di una risposta oggettiva al dilemma, dovendo attendere i risultati applicativi delle nuove misure, tuttavia le segnalate criticità relative all'avvenuta mera trasposizione delle norme sul fumo, sembrano frenare le valutazioni più ottimistiche.

Qualunque sia la soluzione del dilemma ritenuta preferibile, resta in ogni caso evidente che il D.L. 158/2012, fino a che non si provvederà al complessivo riordino della materia, continuerà a rappresentare, come già accennato, uno dei principali punti di riferimento nella normativa vigente, tanto che, come si è illustrato, la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato ne propone una lettura particolarmente ampia e di carattere sistematico, che lo colloca in questo quadro di "tutele crescenti", ossia in un percorso che, auspicabilmente, potrà proseguire. Al tempo stesso, il primo periodo del primo comma del D.L. 87/2018 si preoccupa di precisare subito che resta fermo "*quanto previsto dall'articolo 7, commi 4 e 5, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189*".

Non è, pertanto, superfluo ricordare come il futuro, auspicato, riordino complessivo della materia dovrà adeguatamente considerare che il fenomeno della ludopatia si colloca in una prospettiva ove si intersecano profili connessi alla tutela della salute, all'ordine pubblico e, da ultimo, come affermato dal Decreto Dignità, anche alla tutela del consumatore. La circostanza che siano coinvolti interessi sensibili di tale rilevanza potrà giustificare talune deroghe anche alla libertà di iniziativa economica prevista dalla Costituzione (come avviene nell'ambito delle menzionate ipotesi concernenti i limiti orari all'apertura delle sale slot e i vincoli alla loro collocazione a distanze minime dai luoghi considerati sensibili) e alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi garantite dal diritto eurounitario (come riconosciuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 22/01/2015, Causa Stanley International Betting Ltd e a. c. Ministero dell'Economia e delle Finanze). Meriterebbe, infine, particolare attenzione il tema dei profili fiscali, con un opportuno intervento del legislatore sulla linea già tracciata dalla Legge Delega 11 marzo 2014, n. 23, rimasta purtroppo inattuata.

