

OSSERVATORIO DI DIRITTO SANITARIO
26 NOVEMBRE 2014

La libertà di scelta del soggetto
erogatore delle prestazioni sanitarie
in tutto il territorio nazionale a
prescindere dalla Regione di
residenza e i suoi limiti

di Pietro Masala
Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale
Università di Sassari



La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza e i suoi limiti

Una ricostruzione critica a partire dalla giurisprudenza costituzionale e dalla giurisprudenza europea in materia di “libera circolazione dei pazienti”

di Pietro Masala

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale
Università di Sassari

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il principio della libera scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie nell’evoluzione della legislazione statale. – 3. La giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di scelta fra erogatori pubblici e privati e di assistenza indiretta in Italia e all’estero. – 4. La libertà di scelta dell’erogatore all’interno del territorio nazionale secondo la sentenza n. 236/2012 della Corte costituzionale: i termini della questione e la soluzione data. – 5. Il percorso argomentativo seguito dalla Corte e lo scarso rilievo assegnato alle peculiarità del caso. – 6. La possibilità di ravvisare una limitazione della libertà di scelta in considerazione dello speciale regime di erogazione delle prestazioni riabilitative. – 7. Il giudizio sulla ragionevolezza della limitazione della libertà di scelta a prescindere dai confini territoriali. – 8. Un tentativo di valutare criticamente il giudizio formulato nella sent. n. 236/2012 e di individuare uno schema alternativo applicabile nei futuri giudizi su discipline regionali limitative del diritto dei residenti alla libera scelta dell’erogatore in tutto il territorio nazionale, impostato a partire dalle suggestioni provenienti dalla giurisprudenza europea in materia di «libera circolazione dei pazienti» e dalle indicazioni fornite dagli studi sulla mobilità sanitaria interregionale. – 9. (segue) Può la limitazione della libertà di accedere alle cure erogate da soggetti extraregionali essere giustificata dall’esigenza di garantire la qualità dell’assistenza o dall’esigenza di conservare nel territorio regionale un’offerta completa e sufficiente di prestazioni sanitarie di elevata qualità? – 10. Conclusioni: un possibile modello di bilanciamento.

1. Premessa

La «libertà di scelta del luogo di cura», ovvero la libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni da parte degli utenti del Servizio sanitario nazionale, costituisce, prima che un principio affermato nella legislazione statale in materia di tutela della salute, uno specifico aspetto della libertà di cura garantita dall'art. 32 Cost. quale particolare dimensione del diritto fondamentale alla salute¹. In essa sono distinguibili due profili fondamentali: la libertà di scelta fra operatori pubblici e privati (i quali possono essere legati al SSN da accordi per la remunerazione delle prestazioni erogate o viceversa operare al di fuori dell'organizzazione del SSN); e la libertà di scelta dell'operatore a prescindere dai limiti territoriali, comprendente la libertà di scegliere di fruire delle prestazioni erogate da soggetti aventi sede in una Regione diversa da quella di residenza (presupposto della mobilità sanitaria interregionale) o all'estero (presupposto della mobilità sanitaria internazionale)². Le riflessioni esposte in questo contributo hanno come oggetto specifico la libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza del paziente e i suoi limiti, derivanti dall'esigenza di bilanciamento con altri principi e interessi. Soltanto in tempi recenti questo profilo della «libertà di scelta» è stato esaminato nella giurisprudenza costituzionale. Nondimeno, per ragioni collegate alla presente situazione economico-finanziaria, nella quale ancor più che in passato è avvertita l'esigenza di individuare soluzioni organizzative che assicurino la sostenibilità del SSN costituito dall'insieme dei servizi sanitari delle singole Regioni, esso appare destinato ad assumere una rilevanza crescente. In particolare si pone l'esigenza di stabilire se, ed eventualmente a quali condizioni, possano ritenersi costituzionalmente legittime normative regionali, approvate con finalità più o meno esplicitamente dichiarate di contenimento della spesa

¹ Sulla natura multidimensionale del diritto alla salute v. M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, Treccani, 1991, p. 5 (che rileva come si tratti di una «formula sintetica con la quale si esprime la garanzia di una pluralità di situazioni giuridiche soggettive assai differenziate tra loro»), nonché, fra gli altri, A. SIMONCINI- E. LONGO, *Commento a Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO-A. CELOTTO- M. OLIVETTI, Torino, Utet, 2006, 655 ss., D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2013, e già ID. *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002. Sulla giurisprudenza costituzionale relativa alle diverse dimensioni del diritto alla salute v., oltre agli autori già citati, sinteticamente, M. SICLARI, *L'articolo 32, primo comma, della Costituzione italiana*, e M. CARTABIA, *L'articolo 32, secondo comma della Costituzione italiana*, entrambi in *Monitor*, n. 29/2012, rispettivamente 14 ss. e 21 ss (che riconduce la libertà di scegliere il medico e il luogo di cura alla «libertà positiva» di cura, comprensiva anche della libertà di scelta della terapia e distinta dall'altra fondamentale dimensione della «libertà di scelta terapeutica» basata sull'art. 32, co. 2 Cost., ovvero la «libertà negativa», «da interventi coercitivi o da altre imposizioni di terzi»).

² La «mobilità sanitaria» è definibile come «il processo di migrazione di coloro che scelgono di avvalersi di determinate prestazioni sanitarie presso strutture site al di fuori dell'area di competenza territoriale della propria Asl»: A. PITINO, *La mobilità sanitaria*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di R. BALDUZZI e A. CARPANI, Bologna, Il Mulino, 2013, 363 ss. (p. 363).

sanitaria regionale o comunque di «protezione» del sistema sanitario regionale, comportanti, per i residenti nella Regione in cui trovino applicazione, restrizioni della libertà di accedere all'assistenza erogata per conto del SSN da operatori aventi sede in una Regione diversa³.

Per poter sviluppare un ragionamento compiuto sull'ampiezza della tutela assicurata nell'ordinamento alla libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni assicurate dal SSN a prescindere dalla Regione di residenza, con la finalità principale di individuare un modello di bilanciamento suscettibile di applicazione generalizzata nei futuri giudizi di legittimità costituzionale relativi a discipline comportanti restrizioni di tale libertà introdotte da singole Regioni in danno dei pazienti residenti nei rispettivi territori, risulta tuttavia indispensabile, preliminarmente, ricostruire il quadro normativo e giurisprudenziale relativo alla «libertà di scelta del luogo di cura» intesa nella sua accezione più ampia, comprensiva degli altri profili sopra indicati. In particolare occorre tenere conto della consistente elaborazione che la giurisprudenza costituzionale ha sviluppato con riferimento a ipotesi di limitazione della libertà di scelta fra operatori pubblici e privati e della libertà di accedere all'assistenza prestata all'estero: giurisprudenza la cui comprensione presuppone a sua volta una sintetica descrizione dell'evoluzione della legislazione statale di principio sulla materia. Di seguito si procederà innanzitutto a tale ricostruzione, per poi considerare la soluzione affermata nella sentenza n. 236/2012, che merita qui speciale attenzione in quanto costituisce il primo e ad oggi unico esempio di pronuncia della Corte costituzionale riferita a una disciplina regionale restrittiva della libertà dei residenti di avvalersi dell'assistenza sanitaria prestata da operatori extraregionali: ciò consentirà di verificare il grado di coerenza di tale soluzione e delle argomentazioni sulle quali essa è stata fondata rispetto alla giurisprudenza costituzionale precedente, di stabilire se e in quale modo le peculiarità del caso esaminato abbiano influito sulla decisione, e ancora l'effettiva portata

³ Si tratta di un'ipotesi di limitazione della libertà di scelta con evidenza distinta (speculare) rispetto a quella che può configurarsi nel caso in cui una Regione con legge impedisca o sottoponga a condizioni restrittive l'accesso a prestazioni erogate da operatori aventi sede nel proprio territorio da parte di pazienti residenti in altre Regioni. Una fattispecie di quest'ultimo tipo, implicante un'evidente discriminazione in danno degli utenti non residenti, non è ancora stata sottoposta all'esame della Corte, sebbene in più occasioni quest'ultima abbia avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità di disposizioni contenute in leggi regionali che hanno indicato la residenza nel territorio regionale (qualificata da una più o meno lunga durata nel tempo) come requisito per l'accesso a prestazioni erogate in altri settori del sistema di welfare regionale. Cfr. ord. n. 32/2008 e sent. n. 40/2011, relative rispettivamente a una legge lombarda in materia di edilizia residenziale pubblica e a una legge friulana in materia di servizi sociali (su entrambe v. le note di F. CORVAJA: *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Reg.*, 2008, 611 ss., e *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, in *Reg.*, 2011, 1257 ss.); più recentemente, fra le altre, sent. n. 168/2014, relativa a una legge valdostana ancora in materia di edilizia residenziale pubblica.

di quest'ultima. In proposito, si può anticipare che per un verso il ragionamento sulla base del quale i giudici della Consulta sono giunti alla soluzione del caso è stato fondato su premesse consuete nella loro pregressa giurisprudenza relativa a discipline, statali e regionali, comportanti la limitazione degli altri profili della «libertà di scelta del luogo di cura», tanto da legittimare la conclusione che la Corte non abbia assegnato rilievo al fatto che la limitazione disposta dal legislatore regionale riguardava un «nuovo», distinto profilo; per altro verso la particolarità della disciplina censurata – riferita esclusivamente a una tipologia di prestazioni per le quali il legislatore statale ha previsto un regime di erogazione specifico – induce a ritenere che la decisione non abbia fornito un modello di giudizio applicabile nella generalità dei casi in cui occorra sindacare la ragionevolezza di una scelta legislativa regionale comportante la limitazione della libertà di scelta dell'operatore sanitario in tutto il territorio nazionale da parte dei residenti. Nella prospettiva dell'individuazione di un simile modello sembra necessario dare risalto sia alla specificità degli interessi che giustificano la tutela del profilo della libertà di scelta qui precipuamente considerato sia alla specificità dei corrispondenti interessi confliggenti.

Ciò richiede di considerare in primo luogo la dimensione fattuale e le implicazioni, in specie economiche, del fenomeno della mobilità sanitaria interregionale, reso possibile dal riconoscimento della libertà di scelta dell'erogatore in tutto il territorio nazionale, nonché la sua regolamentazione giuridica, di per sé rivelatrice dei contrapposti interessi bisognosi di temperamento. La mancanza di decisioni della Corte costituzionale riferite a ipotesi di limitazione della libertà di fruire di prestazioni erogate da operatori aventi sede in una Regione diversa da quella di residenza, fatta eccezione per la sentenza n. 236/2012, e lo scarso rilievo in concreto assegnato alla specificità di tale profilo nelle argomentazioni lì sviluppate inducono a volgere lo sguardo anche verso la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, nella quale da tempo è stato affrontato il problema di definire i limiti della libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie a prescindere dai confini territoriali, ovvero circoscrivere la pretesa di fruire delle prestazioni erogate da operatori aventi sede in uno Stato membro diverso da quello di residenza con assunzione dei costi da parte del SSN di appartenenza o comunque da parte del sistema di assicurazione del paziente. Sebbene quello dell'UE sia un sistema giuridico peculiare, i cui principi non sono perfettamente sovrapponibili a quelli posti al vertice dell'ordinamento costituzionale italiano, rileva il fatto che la Corte di Lussemburgo ha affermato la necessità di temperare la c.d. «libera circolazione dei pazienti» all'interno dell'Unione con interessi confliggenti riconosciuti meritevoli di tutela dai Trattati europei, nella sostanza non dissimili da quelli di cui la Corte italiana deve tenere conto nei giudizi di legittimità

costituzionale riguardanti discipline incidenti sulla «libertà di scelta» degli utenti del SSN. Risulta perciò possibile ed utile, nella prospettiva indicata, confrontare i criteri ai quali secondo le due Corti deve ispirarsi il bilanciamento fra «libertà di scelta del luogo di cura» e principi antagonisti nei rispettivi ordinamenti, nonché chiedersi, in particolare, se gli stessi principi o esigenze che sono riconosciuti idonei a giustificare discipline nazionali restrittive della libera circolazione dei pazienti all'interno dell'UE possano giustificare discipline regionali restrittive della libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni all'interno del territorio nazionale.

2. Il principio della libera scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie nell'evoluzione della legislazione statale

Il principio della libera scelta del soggetto erogatore delle prestazioni assicurate dal SSN è stato sancito dal legislatore statale fin dalla l. n. 833/1978 e in seguito costantemente ribadito: tanto il provvedimento istitutivo del SSN quanto i successivi interventi normativi adottati con finalità di riordino e razionalizzazione ne hanno operato il riconoscimento in termini generali e al contempo hanno specificato, in relazione alle diverse tipologie di prestazioni, i limiti incontrati dagli utenti, sia sotto il profilo della scelta fra operatori sanitari pubblici e privati sia sotto il profilo della scelta dell'operatore indipendentemente dal luogo di residenza, all'interno dei confini nazionali e all'estero.

La l. n. 833/1978 riconosceva «il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura nei limiti oggettivi dell'organizzazione dei servizi sanitari» (art. 19, co. 2) e definiva un assetto organizzativo nel quale soggetti titolari del servizio erano i Comuni attraverso le Unità sanitarie locali (USL), che provvedevano all'erogazione delle prestazioni comprese nei livelli di assistenza (prestazioni di cura – comprensive dell'assistenza medico-generica e pediatrica, specialistica e ospedaliera – di riabilitazione e di prevenzione) direttamente attraverso i propri presidi oppure indirettamente, mediante convenzioni stipulate con soggetti esterni, professionisti e strutture private. La convenzione rappresentava lo strumento per l'instaurazione di un rapporto di natura concessoria, presupposto affinché le prestazioni erogate dagli operatori privati o comunque esterni fossero remunerate dal SSN. Forme di «assistenza indiretta», ovvero di erogazione di prestazioni da parte di privati non convenzionati con assunzione dei costi da parte del SSN,

potevano essere consentite dalla legge regionale soltanto come «straordinarie»⁴. Ma anche il ruolo assegnato ai privati convenzionati risultava marginale, di supporto e integrazione: sebbene la scelta fra questi e le strutture pubbliche risultasse più o meno libera a seconda del tipo di prestazione, complessivamente le previsioni del legislatore erano dirette a favorire l'utilizzo delle seconde. La finalità delle convenzioni era quella di permettere alle USL di sopperire al fabbisogno di prestazioni che non potessero essere soddisfatte in maniera diretta e ciò spiega perché l'erogazione da parte di strutture convenzionate fosse ammessa solo in casi particolari (per le prestazioni specialistiche, previa autorizzazione all'utente, rilasciata dall'USL solo in caso di impossibilità di quest'ultima a soddisfarne la richiesta entro tre giorni) e perché nei fatti fosse coinvolto un numero molto limitato di soggetti privati. Le convenzioni con istituzioni di carattere privato erano subordinate agli indirizzi della programmazione sanitaria regionale⁵; inoltre, solo per le strutture private era prevista un'autorizzazione per l'esercizio delle attività sanitarie, la cui disciplina era rimessa alla legge regionale, che aveva il compito di definire «le caratteristiche funzionali» cui tali istituzioni dovevano corrispondere «onde assicurare livelli di prestazioni sanitarie non inferiori a quelle erogate dai corrispondenti presidi e servizi delle unità sanitarie locali» (art. 43). Di conseguenza la libertà degli utenti di esercitare una scelta fra operatori pubblici e operatori privati, commisurata allo spazio lasciato alla libertà di impresa dei secondi, risultava in concreto assai limitata.

Analogamente era disciplinato in maniera restrittiva l'esercizio della facoltà di scegliere l'erogatore in tutto il territorio nazionale: si disponeva che gli utenti, iscritti «in appositi elenchi periodicamente aggiornati presso l'unità sanitaria locale nel cui luogo hanno la residenza», di norma accedessero alle prestazioni erogate nell'ambito territoriale della stessa USL, salvo il «diritto di accedere, per motivate ragioni o in casi di urgenza o di temporanea dimora in un luogo diverso da quello abituale, ai servizi di assistenza di qualsiasi unità sanitaria locale» (art. 19, co. 3). In relazione alle diverse tipologie di assistenza erano poi specificati i limiti entro i quali era consentito l'accesso a prestazioni erogate da soggetti operanti negli ambiti territoriali di altre USL,

⁴ Cfr. art. 25, u. co., riferito alle prestazioni ospedaliere. Con previsione di portata generale l'art. 3, l. n. 595/1985 ha demandato alle leggi regionali il compito di stabilire quali prestazioni sanitarie «possono essere erogate anche in forma indiretta, nel caso in cui le strutture pubbliche o private siano nell'impossibilità di erogarle tempestivamente in forma diretta», nonché «le modalità per accedere alle prestazioni e per ottenere il rimborso della spesa sostenuta».

⁵ Si prevedeva che dovessero essere stipulate dalle USL non soltanto in conformità a schemi tipo approvati dal Ministero della Sanità e secondo le norme stabilite dalla legge regionale, ma anche «in armonia con il piano sanitario regionale», al quale era rimesso l'«accertamento» della necessità di convenzionare tali strutture (art. 44).

all'interno o al di fuori della Regione di residenza. Nel rispetto di tali limiti la possibilità di accedere a prestazioni erogate da presidi pubblici di USL diverse da quella di appartenenza era implicita, mentre la possibilità di accedere a cure prestate da strutture private ubicate negli ambiti territoriali delle stesse USL derivava dalla previsione secondo cui le convenzioni stipulate dalle USL competenti per territorio con istituzioni di carattere privato (in conformità a uno schema tipo approvato dal Ministro della Sanità) avevano efficacia anche per tutte le altre USL del territorio nazionale (art. 44)⁶. Infine era delimitata la possibilità di accedere a cure prestate all'estero con assunzione dei costi da parte del SSN⁷.

Successivamente la portata del principio della libera scelta dell'erogatore è stata ridefinita in corrispondenza delle principali tappe che hanno scandito l'evoluzione della legislazione sanitaria statale, ciascuna delle quali ha inciso in maniera significativa sul modello di erogazione delle prestazioni e in particolare sullo spazio assegnato agli operatori privati.

Il riordino della prima metà degli anni '90 comportò il superamento del regime convenzionale e il passaggio a un sistema di gestione fondato sul nuovo istituto dell'accreditamento istituzionale⁸, che per il modo in cui era configurato avrebbe dovuto determinare un consistente ampliamento

⁶ Riguardo alle prestazioni di cura erogate in forma ambulatoriale o domiciliare era previsto che la scelta del medico di fiducia dovesse avvenire nell'ambito del «personale dipendente o convenzionato del Servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino»; mentre con riferimento alle prestazioni medico-specialistiche si disponeva che «di norma» queste fossero fornite da ambulatori e presidi delle USL di appartenenza, subordinando l'accesso alle prestazioni erogate da operatori convenzionati all'incapacità delle strutture pubbliche di soddisfare la richiesta di assistenza entro tre giorni (presupposto per il rilascio di apposita autorizzazione dell'USL) o a richiesta urgente e motivata dal medico (l'autorizzazione fu introdotta dall' art. 3, d.l. n. 678/1981, conv. ex l. n. 12/1982, con l'obiettivo di evitare la sottoutilizzazione delle strutture pubbliche e contenere la spesa). L'assistenza ospedaliera avrebbe dovuto essere prestata «di norma attraverso gli ospedali pubblici e gli altri istituti convenzionati esistenti nel territorio della regione di residenza dell'utente», ma si prevedeva che, «nell'osservanza del principio della libera scelta del cittadino al ricovero presso gli ospedali pubblici e gli altri istituti convenzionati», ciascuna Regione disciplinasse con legge, «in rapporto ai criteri di programmazione stabiliti nel piano sanitario nazionale», i casi nei quali era ammesso il ricovero in strutture pubbliche o convenzionate ubicate fuori del proprio territorio (art. 25, l. n. 833/1978).

⁷ L'art. 37, l. n. 833/1978 conferiva delega al Governo per la disciplina dell'assistenza sanitaria all'estero prevedendo che dovesse essere assicurata, in forma diretta o indiretta, la tutela della salute dei lavoratori e dei loro familiari aventi diritto «qualora tali soggetti non godano di prestazioni assistenziali garantite da leggi locali» o tali prestazioni «siano palesemente inferiori» ai livelli di assistenza garantiti agli utenti del SSN (riferendosi a italiani residenti all'estero per motivi di lavoro). L'art. 3, l. n. 595/1985 demandava ad un decreto del Ministro della Sanità la definizione dei «criteri di fruizione, in forma indiretta, di prestazioni assistenziali presso centri di altissima specializzazione all'estero in favore di cittadini italiani residenti in Italia, per prestazioni che non siano ottenibili nel nostro Paese tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico», dei limiti e delle modalità per il concorso nella spesa relativa a carico dei bilanci delle singole USL.

⁸ Istituto che trova applicazione anche in altri ordinamenti: v. G. CERRINA FERONI, *Pubblico e privato nella erogazione delle prestazioni sanitarie. Italia, Germania, Svizzera a Confronto*, in *La salute negli stati composti. Tutela del diritto e livelli di governo*, a cura di G.G. CARBONI, Torino, Giappichelli, 2012, 71 ss.

della libertà di scelta fra erogatori pubblici e privati ed anzi presupponeva tale ampliamento quale condizione per la propria compiuta applicazione. Nel nuovo contesto organizzativo definito dal d.lgs. n. 502/1992 e dai provvedimenti correttivi adottati negli anni immediatamente successivi, improntato ai principi fondamentali della regionalizzazione e dell'aziendalizzazione, la direttrice perseguita dal legislatore statale nel riconfigurare il modello di erogazione delle prestazioni era infatti quella della parificazione fra strutture pubbliche e private. Si disponeva che l'USL, allo scopo di assicurare l'erogazione delle prestazioni specialistiche incluse nei livelli di assistenza, comprese quelle ospedaliere e riabilitative, intrattenesse con gli operatori pubblici e privati rapporti basati sull'accreditamento, sulla corresponsione di un corrispettivo predeterminato a fronte della prestazione resa e sull'adozione di un sistema di verifica delle attività svolte. Se da un lato il d.lgs. n. 502/1992 stabiliva che le USL ricorressero alle istituzioni private ancora «a integrazione delle strutture pubbliche», dall'altro lato prevedeva che anche queste ultime dovessero ottenere l'autorizzazione per l'esercizio delle attività sanitarie, disponendo che, per tutte le strutture, il suo rilascio fosse subordinato al possesso di «requisiti strutturali, tecnologici e amministrativi minimi», la cui definizione era demandata a un atto statale di indirizzo e coordinamento⁹. Una vera e propria parificazione era prevista dalla l. n. 724/1994, che subordinava l'accreditamento, presupposto per l'acquisizione della qualifica di soggetto gestore e quindi per l'erogazione di prestazioni a carico del SSN, al mero possesso dei requisiti minimi richiesti per l'esercizio delle attività sanitarie e all'accettazione del sistema della remunerazione a prestazione secondo tariffe predeterminate da ciascuna Regione. Pertanto, il rilascio dell'accreditamento da parte della USL era configurato come un atto dovuto, fondato su un accertamento connotato da discrezionalità meramente tecnica, nei confronti di tutte le strutture autorizzate che ne facessero richiesta. Poiché al contempo l'individuazione dell'erogatore nell'ambito di «tutte le strutture e dei professionisti accreditati» era rimessa esclusivamente all'assistito nell'esercizio della sua facoltà di libera scelta¹⁰, veniva prefigurato un sistema di gestione aperto e concorrenziale, nel quale un numero di operatori non programmabile dal soggetto titolare del servizio (i presidi delle USL e tutti i soggetti esterni che avessero richiesto l'accreditamento) sarebbe stato abilitato ad erogare prestazioni automaticamente a carico del SSN e ciascuno di essi sarebbe stato indotto a fornire prestazioni di qualità elevata per attirare gli

⁹ Cfr. art. 8, co. 4, d.lgs. n. 502/1992, attuato mediante d.P.R. del 14 gennaio 1997.

¹⁰ L'art. 6, co. 6, l. n. 724/1994 stabiliva che la «libera scelta da parte dell'assistito si esercita nei confronti di tutte le strutture e dei professionisti accreditati dal Servizio sanitario nazionale in quanto risultino effettivamente in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente e accettino il sistema della remunerazione a prestazione».

utenti e così accrescere la quota di risorse corrisposta dallo stesso titolare, commisurata alla quantità di prestazioni erogate¹¹. In altri termini, secondo la logica concorrenziale sottesa alle nuove previsioni il maggiore spazio riconosciuto alla libertà di impresa e la corrispondente estensione della libertà di scelta degli utenti avrebbero dovuto garantire un servizio più efficiente e di migliore qualità.

Tuttavia il sistema aperto non è mai stato compiutamente realizzato. Perché se ne rinviò l'entrata a regime e in via transitoria furono accreditati i soggetti già convenzionati; e perché l'esigenza di controllare la spesa sanitaria portò presto a introdurre elementi di programmazione: in particolare alla previsione di tetti massimi per le prestazioni erogabili dalle strutture accreditate, già ad opera della l. n. 549/1995 e della l. n. 449/1997¹². La nuova razionalizzazione disposta con il d.lgs. n. 229/1999 ha quindi sancito definitivamente il «recupero di strumenti di programmazione del numero di soggetti erogatori e della loro attività» e il passaggio a un sistema di gestione nel quale «l'instaurazione del nesso organizzativo di servizio pubblico con i soggetti erogatori e la quantificazione delle prestazioni erogabili da ciascuno di essi» dipendono da «valutazioni programmatiche ed organizzative discrezionali dell'amministrazione titolare del servizio»¹³.

Nel nuovo assetto organizzativo la libertà di scelta è stata ridimensionata e garantita soltanto «nell'ambito della programmazione sanitaria», in conformità alla previsione dell'art. 2, lett. d) della legge delega n. 419/1998. In primo luogo, l'accreditamento è stato configurato come un atto condizionato all'esito di una valutazione in parte discrezionale. Il suo rilascio (da parte della Regione, non più della USL) alle strutture pubbliche o private e ai professionisti che ne facciano richiesta presuppone, in aggiunta al possesso dei requisiti minimi richiesti per la preliminare autorizzazione¹⁴, la «rispondenza a requisiti ulteriori di qualificazione» e la verifica della «funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale», da compiersi sulla base di criteri individuati da ciascuna Regione in relazione al fabbisogno di assistenza definito secondo le

¹¹ Per tale ricostruzione v. N. AICARDI, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Tomo primo*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2003, 625 ss. (p. 670).

¹² Le quali hanno previsto che le USL contrattassero con le strutture pubbliche e private la quantità presunta e la tipologia delle prestazioni erogabili sulla base di piani preventivi regionali che fissano anche il tetto massimo di spesa sostenibile (art. 2, co. 8, l. n. 549/1995) e che una delibera regionale ripartisse in via preventiva e contestuale fra i soggetti accreditati il volume di prestazioni erogabili in base alla programmazione (art. 32, co. 8, l. n. 449/1997).

¹³ N. AICARDI, *La sanità*, cit., p. 671

¹⁴ Sdoppiata in autorizzazione alla realizzazione delle strutture sanitarie e sociosanitarie e autorizzazione all'esercizio delle attività, rilasciata non dal Comune, bensì dalla Regione: cfr. art. 8-ter, d.lgs. n. 502/1992 come modificato dal d.lgs. n. 229/1999.

funzioni sanitarie indicate nel Piano sanitario regionale¹⁵. Perciò se, per la parte in cui comporta la verifica dei «requisiti ulteriori» di natura tecnica, scientifica e organizzativa finalizzati a garantire la qualità delle prestazioni erogate, l'accreditamento continua ad essere un «atto di accertamento tecnico-discrezionale», diversamente, per la parte in cui comporta la verifica della funzionalità della struttura alla programmazione regionale, esso implica una «valutazione connotata da elementi di discrezionalità amministrativa»¹⁶; inoltre risulta sottoposto a valutazione discrezionale per i soli privati, mentre è implicitamente dovuto per i presidi pubblici: questi devono corrispondere, al pari dei primi, ai requisiti di qualificazione, ma «non soggiacciono all'esame rispetto alla funzionalità ed alla necessità del fabbisogno assistenziale, essendo già inseriti strutturalmente nella rete di servizi»¹⁷. In secondo luogo, la qualifica di soggetto accreditato, pur rimanendo presupposto necessario per l'instaurazione del rapporto di servizio pubblico, non costituisce più titolo sufficiente per l'erogazione a carico del SSN di prestazioni comprese nei livelli essenziali di assistenza: questa può avvenire solo in seguito alla stipula di accordi contrattuali fra i soggetti previamente autorizzati e accreditati, sia pubblici sia privati, e l'amministrazione (Regione o USL secondo una scelta rimessa al legislatore regionale)¹⁸. Tali accordi, stipulati anche sulla base di valutazioni comparative della qualità e dei costi, indicano il volume massimo che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima USL si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e modalità di assistenza¹⁹. Ne consegue che, sebbene il legislatore abbia affermato che «i cittadini esercitano la libertà di scelta del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali» (fermo restando che «l'accesso ai servizi è subordinato all'apposita

¹⁵ Cfr. art. 8-quater d.lgs. n. 502/1992 come modificato dal d.lgs. n. 229/1999, il quale prevede come ulteriore presupposto la «verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti».

¹⁶ Cfr. N. AICARDI, *La sanità*, cit., pp. 671 s.

¹⁷ Cfr. G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, p. 252, secondo cui l'applicazione dell'istituto non è indistinta per le strutture pubbliche e private, operando una «precedenza istituzionale» per le prime; anche N. AICARDI, *La sanità*, cit., p. 674, ritiene per esse «eminentemente nominalistica e formale» la valutazione della funzionalità rispetto alla programmazione regionale.

¹⁸ Cfr. art. 8-bis, co. 3, secondo cui la realizzazione di strutture sanitarie, l'esercizio di attività sanitarie per conto del SSN e l'esercizio di attività a suo carico sono subordinate, rispettivamente, al rilascio delle autorizzazioni e all'accreditamento istituzionale, nonché alla stipula di accordi contrattuali. L'art. 8-quinquies, che disciplina gli «accordi contrattuali», distingue tra «accordi con le strutture pubbliche ed equiparate» e «contratti con quelle private e con i professionisti accreditati»; ma si deve ritenere la distinzione puramente «nominalistica», perché in entrambi i casi la causa dell'atto è «la costituzione e la regolazione del rapporto giuridico di servizio pubblico tra titolare e gestore» (N. AICARDI, *La sanità*, cit., p. 675).

¹⁹ Cfr. art. 8-quinquies, co. 2, lett. b).

prescrizione, proposta o richiesta compilata sul modulario del servizio sanitario nazionale»²⁰), la scelta non può considerarsi del tutto libera neanche nello spazio così circoscritto, perché è «in realtà subordinata al programma di attività e ai volumi definiti nell'accordo contrattuale»²¹. Negli accordi deve essere indicato l'«ammontare predefinito» per il quale devono essere finanziate le strutture che erogano assistenza ambulatoriale e ospedaliera, determinato «in base alle funzioni assistenziali e alle attività svolte»²². Le tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni sono stabilite con decreto del Ministero della salute, sentita la Conferenza Stato-Regioni²³. Il d.lgs. n. 229/1999 ha inoltre abolito l'assistenza in forma indiretta per le prestazioni di assistenza specialistica, facendo salva la normativa in materia di assistenza all'estero²⁴. Nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti accordi contrattuali è garantita non soltanto la libertà di scelta fra erogatori pubblici e privati, ma anche la «libertà di scelta del luogo di cura» nel territorio nazionale, ovvero la possibilità per gli utenti di accedere a prestazioni erogate da professionisti e strutture sanitarie aventi sede negli ambiti territoriali di USL diverse da quella di appartenenza, sia nella Regione di residenza sia in altre Regioni (così alimentando i flussi della mobilità sanitaria infraregionale e interregionale). Ciascuna Regione accredita strutture ubicate nel proprio territorio (previo accertamento del possesso dei requisiti ulteriori di qualificazione da essa definiti e previa verifica della funzionalità delle strutture rispetto ai propri indirizzi di programmazione) e normalmente – per la generalità delle prestazioni specialistiche e ospedaliere – le USL stipulano accordi con strutture accreditate dalla propria Regione (quando la legge regionale non preveda che a stipularli sia la Regione stessa). Tuttavia gli utenti restano liberi di scegliere se ricorrere a strutture accreditate dalla Regione nella quale risiedono (e che abbiano stipulato accordi con la stessa Regione o con una sua USL) oppure a strutture accreditate da

²⁰ Art. 8-bis, co. 2.

²¹ N. AICARDI, *La sanità*, cit., p. 676. Con la definizione del programma di attività nell'accordo la Regione (o la USL) non acquista una determinata quantità di prestazioni dalla struttura, ma la abilita ad erogare il servizio agli utenti con il limite del volume di prestazioni pattuito: non si impegna a finanziarla per l'intero volume di attività contrattato, ma a consuntivo solo per le prestazioni effettivamente erogate: sicché il volume rappresenta «un tetto massimo alla legittimazione ad operare in regime di servizio pubblico». Secondo l'a. «tale limitazione sembra presentare profili di incostituzionalità, in quanto può dare luogo a trattamenti ingiustificatamente differenziati del diritto alla salute tra gli utenti del servizio pubblico»; perché, per utenti affetti dalla medesima patologia aspiranti ad accedere alla medesima struttura, «la protezione del diritto alla salute sarebbe diversamente configurata secondo un criterio di priorità temporale [...] irragionevole se applicato al diritto alla salute, dal momento che il bisogno di cure non è, il più delle volte, né prevedibile né programmabile nel tempo» (p. 678).

²² Art. 8-*sexies*, co. 1.

²³ Così secondo il co. 5 (modificato dall'art. 79, d.l. n. 112/2008), dove si prevede anche che restino a carico dei bilanci regionali gli importi tariffari, stabiliti dalle singole Regioni, superiori alle tariffe massime.

²⁴ Cfr. art. 8-*septies*.

un'altra Regione (e che abbiano stipulato accordi con quest'ultima o con una sua USL). Nel caso in cui la scelta ricada su una struttura situata in una Regione diversa da quella di residenza, le prestazioni erogate non rilevano ai fini del raggiungimento del volume massimo definito per quella struttura in sede di accordo con la USL o con la Regione nel cui territorio la struttura è ubicata e sono remunerate dalla Regione di residenza del paziente. Esse comportano perciò un guadagno aggiuntivo per le strutture erogatrici, che sono incentivate ad attrarre utenti provenienti da altre Regioni; e un costo non programmabile – perché non possono essere computate al fine del raggiungimento dei «tetti massimi» di prestazioni pattuiti con le strutture regionali in sede di stipulazione degli accordi – per la Regione di residenza dell'utente. Il fondamento di una mobilità sanitaria interregionale così configurata risiede, oltre che nel principio della libertà di scelta sancito dall'art. 8-*bis*, d.lgs. n. 502/1992, nell'art. 8-*sexies*, co. 8, in forza del quale il Ministro della Sanità, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni, con decreto «definisce i criteri generali per la compensazione dell'assistenza prestata ai cittadini in Regioni diverse da quelle di residenza».

In seguito alla revisione del Titolo V della seconda Parte della Costituzione ad opera della l. cost. n. 3/2001, il «sistema delle tre A» (autorizzazione, accreditamento, accordi contrattuali) ha potuto essere attuato solo in parte. Da un lato la Corte costituzionale ha precisato che i principi fondamentali della nuova e più ampia materia «tutela della salute» possono essere desunti dalla legislazione statale in materia di «assistenza sanitaria e ospedaliera» anteriore alla riforma²⁵, e confermato la persistente validità quali norme di principio delle disposizioni del d.lgs. n. 502/1992 in materia di autorizzazione²⁶, accreditamento e accordi contrattuali²⁷; e di fatto i legislatori regionali, nel disciplinare l'erogazione delle prestazioni sanitarie, hanno adottato schemi conformi al modello del sistema programmato previsto dal d.lgs. n. 229/1999²⁸. Dall'altro lato, poiché lo Stato non può più adottare atti di indirizzo e coordinamento nelle materie di competenza regionale²⁹, non è mai stato approvato quello che avrebbe dovuto definire criteri generali uniformi ai quali le Regioni si sarebbero dovute attenere per la definizione dei requisiti

²⁵ Cfr. sent. n. 282/2002. La Corte ha anche confermato l'orientamento anteriore alla riforma secondo cui «qualora nelle materie di legislazione concorrente i principi fondamentali debbano essere ricavati dalle disposizioni legislative statali esistenti, tali principi non devono corrispondere senz'altro alla lettera di queste ultime, dovendo viceversa esserne dedotta la loro sostanziale consistenza [...] e ciò tanto più in presenza di una legislazione in accentuata evoluzione» (cfr. sent. n. 162/2004).

²⁶ Cfr., da ultimo, sent. n. 260/2012.

²⁷ Cfr. sent. n. 200/2005.

²⁸ Con la nota eccezione, in una prima fase, della Regione Lombardia; la quale, dopo aver esaltato la libertà di scelta dell'utente all'interno di un sistema più aperto alla concorrenza, ha infine anch'essa rafforzato la programmazione per contenere la spesa.

²⁹ Cfr. sent. n. 329/2003.

ulteriori di qualificazione e per la valutazione della funzionalità delle strutture al fabbisogno di assistenza definito nella programmazione regionale: sicché, nell'assenza di un comune e vincolante quadro di riferimento, ciascuna Regione ha individuato in piena autonomia ai requisiti di qualificazione e i criteri di valutazione della funzionalità.

3. La giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di scelta fra erogatori pubblici e privati e di assistenza indiretta in Italia e all'estero

Nella giurisprudenza costituzionale è consolidato l'orientamento secondo cui il principio della «libertà di scelta del medico e del luogo di cura», riconosciuto espressione del diritto fondamentale alla salute garantito dall'art. 32 Cost., non ha carattere assoluto, bensì deve essere temperato con altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto anche dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie disponibili. Questa interpretazione è coerente con quella che più in generale ricostruisce il diritto alla salute, sia nella sua dimensione di diritto sociale a prestazioni positive (diritto ai trattamenti sanitari) sia in quella di libertà positiva complessivamente intesa (comprensiva, oltre che della libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni, della libertà di scelta della terapia), come «diritto costituzionale condizionato» e in particolare «finanziariamente condizionato», secondo il noto schema applicato anche agli altri diritti sociali³⁰. In teoria, l'affermazione della non assolutezza della libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie non dovrebbe implicare, di per sé, che il principio risulti automaticamente recessivo rispetto agli altri con i quali è suscettibile di entrare in conflitto. Bensì, da una simile premessa, dovrebbe derivare soltanto l'esigenza che il legislatore, nel dettare disposizioni che ne comportino la limitazione, operi un bilanciamento ragionevole, rispettoso del criterio dell'equo temperamento fra interessi contrapposti. Tuttavia, nel sindacare la ragionevolezza di normative incidenti su tale libertà – come sulla libertà di scelta della terapia o sul diritto ai trattamenti sanitari – la Corte costituzionale ha mostrato un atteggiamento molto cauto e persino deferente nei confronti della discrezionalità del legislatore, ritenendo prevalenti, nella maggior parte dei casi, gli altri principi o interessi che questi aveva inteso tutelare. Solo eccezionalmente le disposizioni impugnate sono state dichiarate illegittime,

³⁰ Il quale si afferma, per il diritto ai trattamenti sanitari, a partire dalla sent. n. 455/1990, che corregge l'impostazione adottata nella sent. n. 992/1988, dove dalla natura di «diritto primario e fondamentale» del diritto alla salute si faceva discendere l'illegittimità di norme statali che escludevano ogni forma di rimborso delle spese sostenute per fruire, presso una struttura non convenzionata, di prestazioni di diagnostica specialistica ad alto costo indispensabili per il paziente, pur quando non fosse stato possibile fruirne presso una struttura pubblica o convenzionata.

perché giudicate incoerenti, intrinsecamente o rispetto a fattispecie analoghe (ipotesi di violazione dell'art. 3 Cost., riscontrate all'esito del sindacato di ragionevolezza interno); oppure lesive del contenuto essenziale del diritto alla salute (ipotesi di violazione del parametro sostanziale dell'art. 32 Cost., riscontrate all'esito del sindacato di ragionevolezza esterno): in questi casi la Corte ha pronunciato sentenze manipolative che hanno esteso la tutela del diritto oltre i limiti già definiti dal legislatore (additive di prestazione o di principio)³¹.

Per quel che riguarda specificamente la giurisprudenza costituzionale relativa a fattispecie comportanti limitazioni della libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie, prima di esprimersi, con la sentenza n. 236/2012, circa la legittimità di una disciplina regionale restrittiva della libertà di scegliere l'erogatore in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza, i giudici della Consulta sono stati chiamati in più occasioni a pronunciarsi su questioni sollevate nei confronti di discipline, statali e regionali, restrittive della libertà di scegliere fra erogatori pubblici e privati. Già nella prima fase successiva all'istituzione del SSN essi hanno precisato che «non esiste un principio costituzionale che garantisca la astratta libertà di scelta tra medicina privata e strutture sanitarie pubbliche» a spese della collettività³² e fin da allora, nel tracciare la «topografia del conflitto» funzionale al giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore nei casi sottoposti al loro esame, hanno seguito la regola di individuare i principi antagonisti rispetto a quello della libertà di scelta a partire dall'analisi della legislazione statale in materia di assistenza sanitaria³³.

Fra le decisioni pronunciate nel periodo in cui l'erogazione delle prestazioni assicurate dal SSN è avvenuta secondo le modalità proprie del regime «convenzionale», la sentenza n. 175/1982 ha ritenuto legittima una limitazione della libertà di scelta del medico di fiducia determinata da una disposizione statale che vietava ai sanitari ospedalieri con rapporto di lavoro a tempo definito di

³¹ Su argomenti e tecniche decisorie utilizzati nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritto ai trattamenti sanitari e libertà positiva di cura e più in generale di diritti sociali, v. almeno C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2000. Sulla distinzione fra sindacato «interno» e sindacato «esterno» di ragionevolezza v. O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza?*, in *Giur. cost.*, 1998, 3925 ss. Specificamente sul contenuto minimo o essenziale dei diritti sociali v. *Idem*, *La misura minima dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, 1170 ss.

³² Cfr. sent. n. 137/1987.

³³ L'espressione «topografia del conflitto» è utilizzata da R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992, 62 ss: come lì è precisato, tale operazione non si limita all'individuazione degli interessi contrapposti, ma richiede che si dia risposta a due domande: «a) se, e per quale estensione, l'area di estensione dell'interesse perseguito dalla norma impugnata si sovrapponga all'interesse di cui si lamenta la compressione; b) quale spazio residuo (detratta la zona di sovrapposizione) resti a ciascuno dei due interessi in conflitto».

esercitare l'attività libero-professionale presso case di cura private³⁴, muovendo dalla constatazione che per lo stesso legislatore statale la tutela del diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura doveva essere assicurata «nei limiti oggettivi dell'organizzazione dei servizi sanitari», secondo la previsione dell'art. 19, l. n. 833/1978, qualificata come «ovvia». La Corte ha motivato il rigetto della questione sollevata per la presunta violazione dell'art. 32 Cost. affermando che la disciplina del rapporto fra paziente e medico di fiducia, qualora la scelta di tale medico sia realizzata facendo ricorso all'attività medico-professionale consentita ai sanitari ospedalieri, «resta pur sempre subordinata alle preminenti esigenze organizzative e funzionali delle aziende ospedaliere». La *ratio* ultima della limitazione prevista è stata individuata nella «tutela degli stessi principi posti, soprattutto nell'interesse del malato, a base della riforma ospedaliera», ovvero (secondo quanto era già stato specificato dalla sent. n. 103/1977) nella garanzia, in attuazione dell'art. 32 Cost., del «pieno e incondizionato diritto» di ogni individuo ad un «pubblico servizio» di cui egli è «legittimo utente» e che deve essergli reso «in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature strumentalmente preordinati»³⁵. La sentenza n. 173/1987 ha applicato uno schema di ragionamento analogo nel giudizio sulla disciplina, anch'essa statale, che aveva introdotto l'autorizzazione all'utente come condizione per l'accesso a prestazioni specialistiche erogate da strutture convenzionate, subordinandola all'incapacità della USL di provvedervi con proprie strutture entro tre giorni³⁶. La Corte ne ha individuato la *ratio* ne «la razionalizzazione e il contenimento della spesa sanitaria» e rilevato come il legislatore avesse perseguito tali finalità «in forme non irragionevoli» regolando «un sistema correttamente integrato di strutture pubbliche e

³⁴ Anche qualora l'amministrazione ospedaliera non avesse assicurato la disponibilità di appositi ambienti qualitativamente idonei per l'esercizio dell'attività all'interno dell'ospedale: art. 43, lett. d), l. n. 132/1968.

³⁵ Tali argomentazioni sono state richiamate nella sent. n. 293 /1997 per escludere l'illegittimità di un'altra ipotesi di limitazione della libertà di scelta del medico di fiducia: la Corte ha motivato il rigetto della questione sollevata con riferimento all'art. 32 Cost. nei confronti di una norma statale che disponeva la risoluzione del rapporto di convenzione tra i medici di base e le ASL al raggiungimento del settantesimo anno di età dei professionisti (art. 2, co. 4 l. n. 549/1995), affermando che «la tutela della salute è infatti un diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività e proprio in questa prospettiva è consentito, secondo la giurisprudenza costituzionale, all'amministrazione sanitaria di predisporre, nel quadro di 'preminenti esigenze organizzative e funzionali' (sentenza n. 175 del 1982), una disciplina del diritto di scelta del medico, da parte del cittadino utente, tale da assicurare, attraverso un ragionevole bilanciamento di interessi contrapposti, come si verifica nella specie, la più adeguata garanzia del singolo e la migliore efficienza del servizio» (la norma impugnata non comportava «alcuna lesione del diritto alla tutela della salute, perché non impedisce certo al cittadino utente di continuare ad avvalersi, anche se in regime professionale puro, delle prestazioni del proprio medico di fiducia, anche dopo la risoluzione della convenzione»).

³⁶ Art. 3, d.l. n. 678/1981, conv. ex l. n. 12/1982, che aveva modificato il testo originario dell'art. 25, l. n. 833/1978.

private convenzionate»: giudicato «equilibrato e finalizzato alla tutela del diritto fondamentale alla salute» perché tale da stimolare le strutture pubbliche «a rendere servizi utilizzando al massimo le proprie potenzialità» e da garantire a quelle private convenzionate l'intervento integrativo, fermo restando il «diritto del cittadino di rivolgersi al mercato a proprie spese»³⁷.

In seguito alla svolta sancita dalle disposizioni della l. n. 724/1994 che prefiguravano un sistema di erogazione aperto e concorrenziale fondato sul riconoscimento del «diritto all'accreditamento», la Corte ha respinto le questioni sollevate nei confronti di tali disposizioni da alcune Regioni che, a causa del superamento del criterio dell'integrazione del privato rispetto al pubblico e del passaggio al nuovo sistema di utilizzazione delle strutture pubbliche e private accreditate a scelta dell'utente, nei loro ricorsi avevano paventato quali effetti la sottoutilizzazione delle prime e l'aumento incontrollato della spesa sanitaria, lamentando di conseguenza, oltre alla lesione delle proprie competenze, la violazione degli artt. 3, 32, e 97 Cost. Fra le norme impugnate rientrava la fondamentale previsione dell'art. 6, co. 6, che sanciva ad un tempo l'ampliamento del numero dei soggetti erogatori e l'estensione della libertà di scelta degli utenti. Da un lato, la sentenza n. 416/1995 confermava che la nuova disciplina riconosceva un vero e proprio «diritto» delle strutture in possesso dei requisiti previsti dalla legge ad essere accreditate e quindi ad erogare prestazioni a carico del SSN, con il corrispondente ampliamento della libertà di scelta degli utenti³⁸. Dall'altro lato sottolineava come la libertà di scelta, pur «rafforzata per accentuare il

³⁷ Sebbene la Corte non si sia pronunciata nel merito sulla questione riferita all'art. 32 Cost. (dichiarata inammissibile perché il giudice rimettente aveva motivato il contrasto con tale parametro attraverso il richiamo a ordinanze pronunciate nell'ambito di altri giudizi anziché con un'autonoma e diretta valutazione), è facile concludere che l'esito coerente rispetto alla premessa enunciata sarebbe stato il suo rigetto. La decisione ha ancora una volta preso le mosse dai principi alla base della riforma sanitaria per motivare il rigetto della questione sollevata con riferimento all'art. 3 Cost. per una presunta discriminazione dei cittadini sulla base delle loro diverse condizioni economiche (secondo il giudice *a quo* la disciplina impugnata, rendendo più difficile l'accesso alle strutture private convenzionate, avrebbe reso impossibile per la maggior parte di essi la libera scelta fra struttura pubblica e struttura privata, in considerazione dell'elevato costo di quest'ultima). La Corte ha non solo negato l'esistenza di un principio costituzionale che garantisca «astratta libertà di scelta» tra strutture pubbliche e private, ma altresì puntualizzato che l'istituzione del SSN «è finalizzata a rendere effettivo e regolato l'esercizio del diritto fondamentale alla salute a spese dell'intera collettività nazionale, ivi compreso l'utente, a favore del quale se ne individualizzano le prestazioni», e che «dalla legge non si distingue tra i cittadini a seconda delle condizioni economico-sociali» (sono «posti in posizione di piena parità rispetto al servizio pubblico o privato convenzionato offerto»); per concludere che «se, nel fatto, taluno ritenga di preferire il libero mercato delle prestazioni private, ciò tocca un profilo estraneo alla previsione legale e da questa in alcun modo condizionato».

³⁸ Si ricostruiva l'accREDITAMENTO come «una operazione da parte di una autorità o istituzione (nella specie la Regione), con la quale si riconosce il possesso da parte di un soggetto o di un organismo di prescritti specifici requisiti (c.d. standard di qualificazione)», che «si risolve, come nella fattispecie, in iscrizione in elenco, da cui possono attingere per l'utilizzazione altri soggetti (assistiti-utenti delle prestazioni sanitarie)»: cfr. Considerato 6.1.

regime di competizione cui devono essere sottoposte anche le strutture pubbliche, in una logica applicazione della qualificazione aziendale già attribuita»³⁹, non fosse illimitata: perché nel nuovo sistema persistevano poteri di controllo e verifica delle Regioni, finalizzati a garantire la continuità del possesso dei requisiti di accreditamento e il rispetto dell'obbligo di accettare la remunerazione a prestazione (ovvero l'osservanza delle due condizioni che in quel sistema costituivano il «presupposto necessario della facoltà di libera scelta da parte dell'assistito» oltre che dell'accREDITAMENTO⁴⁰); e perché «la libertà di scegliere da parte dell'assistito chi chiamare a fornire le prestazioni non comporta[va] affatto una libertà sull'*an* e sull'esigenza delle prestazioni, restando confermato il principio fondamentale secondo cui l'erogazione delle prestazioni soggette a scelte dell'assistito è subordinata a formale prescrizione a cura del servizio sanitario nazionale». In definitiva l'argomento in base al quale la Corte faceva salva la disciplina censurata era la constatazione che nel nuovo sistema «perman[evano] tutti i poteri di controllo, indirizzo e verifica delle regioni e delle unità sanitarie locali»⁴¹: in questo modo, nonostante sembrasse voler «rassicurare» le Regioni ricorrenti, in realtà, lungi dal ridurre la portata assunta dal principio della libertà di scelta, essa si dimostrava preoccupata soprattutto di non mettere in discussione l'assetto definito dal legislatore statale. Da questo punto di vista è indicativo il confronto con le decisioni precedenti: se queste riguardavano disposizioni che, sullo sfondo del sistema convenzionale, limitavano la libertà di scelta, mentre nella sentenza n. 416/1995 oggetto del giudizio è una disciplina comportante, coerentemente con la logica del nuovo sistema aperto, la sua estensione, in entrambi i casi l'esito è il rigetto delle questioni sollevate e la giustificazione delle scelte compiute dal legislatore statale.

Non meno degno di nota è il fatto che, mentre nella sentenza n. 416/1995 l'argomento della persistenza dei poteri di controllo e verifica nel sistema fondato sull'accREDITAMENTO è utilizzato per rendere più «accettabile» la scelta legislativa di estendere la libertà di scelta e lo spazio riconosciuto agli operatori privati nel sistema, nella giurisprudenza successiva all'ulteriore svolta sancita dal d.lgs. n. 229/1999 esso sia stato ripetuto per giustificare nuove restrizioni introdotte dal legislatore statale (o dal legislatore regionale, purché coerentemente con i principi della legislazione statale) a correzione di quel sistema. Nelle decisioni più recenti l'analisi dell'evoluzione della legislazione statale relativa al sistema di erogazione delle prestazioni

³⁹ Cfr. Considerato 6.4.

⁴⁰ Cfr. Considerato 6.1., secondo cui «il potere di controllo e la verifica da parte della Regione persistono *in quanto* le anzidette condizioni sono il presupposto necessario della facoltà di libera scelta dell'assistito» (corsivo nostro).

⁴¹ Cfr. Considerato 6.3.

assicurate dal SSN consente alla Corte di evidenziare il ruolo assunto dal principio della programmazione, indicato come principio antagonista, con cui quello della libera scelta deve essere temperato: tale analisi svolge la funzione di premessa utile a ribadire il carattere non assoluto di quest'ultimo principio, la cui limitazione viene giustificata in tutti i casi in cui la Corte individua alla base delle discipline sottoposte al suo scrutinio l'esigenza di una programmazione finalizzata al contenimento della spesa o alla razionalizzazione del sistema sanitario⁴².

⁴² Nella sent. n. 200/2005 si rileva che l'«evoluzione della disciplina concernente il sistema di erogazione e retribuzione delle prestazioni specialistiche» dimostra che «il principio di libera scelta non appare affatto assoluto, dovendo essere temperato con altri interessi, costituzionalmente tutelati, puntualmente indicati da norme di principio della legislazione statale». Nel dettaglio si osserva come l'evoluzione della legislazione sanitaria fino a circa la metà degli anni '90 «abbia messo in luce che, subito dopo l'enunciazione del principio della parificazione e concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private, con la conseguente facoltà di libera scelta da parte dell'assistito, si sia progressivamente imposto [...] il principio della programmazione, allo scopo di realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario»: si è così «temperato il predetto regime concorrenziale attraverso i poteri di programmazione propri delle Regioni e la stipula di appositi 'accordi contrattuali' tra le USL competenti e le strutture interessate per la definizione di obiettivi, volume massimo e corrispettivo delle prestazioni erogabili». Ne deriva che una norma regionale che, nell'attesa di appositi accordi, transitoriamente continuava a prevedere un'autorizzazione all'utente per l'accesso alle prestazioni erogate dai privati, deve ritenersi legittima perché conforme alle indicazioni di principio della legislazione statale. Nella sent. n. 94/2009 l'analisi è estesa fino a includervi il sistema delineato dal d.lgs. n. 229/1999, per constatare come questo abbia rafforzato la programmazione. Si osserva che «l'accreditamento delle strutture è stato configurato come atto connotato da profili di discrezionalità amministrativa, avente ad oggetto la verifica della funzionalità delle stesse rispetto agli indirizzi di programmazione regionale» e «comunque da solo insufficiente consentire l'erogazione delle prestazioni a carico del SSN», poiché questa «è stata, infatti subordinata alla stipula di appositi accordi contrattuali, con i quali neppure è acquistata una certa quantità di servizi, ma è soltanto autorizzata l'erogazione delle prestazioni entro un tetto massimo prefissato [...], da remunerare con il sistema a tariffa»: «l'evoluzione della disciplina ha determinato un assetto caratterizzato dalla programmazione del numero e dell'attività dei soggetti erogatori, in modo da evitare il rischio di una sottoutilizzazione delle strutture pubbliche; dalla ripartizione preventiva della domanda tra un numero chiuso di soggetti erogatori e dalla facoltà di scelta dell'assistito solo all'interno delle strutture accreditate; dalla remunerazione in base al sistema a tariffa, allo scopo di ottenere un maggiore controllo della spesa, programmata e suddivisa tra i diversi soggetti erogatori, grazie alla fissazione di volumi massimi delle prestazioni erogabili». Ne consegue la legittimità di una disciplina statale (art. 1, co. 796, lett. o), l. n. 296/2006) e di una disciplina regionale che prevedevano l'applicazione di uno sconto rispetto alle tariffe di remunerazione vigenti (stabilite con decreto del Ministro della Sanità) soltanto per le prestazioni rese dalle strutture private accreditate, impugnate dal TAR Puglia perché «pregiudicherebbe[ro] la funzionalità» di tali strutture, «quindi violerebbe[ro] l'art. 32 Cost., comportando un pregiudizio della tutela del diritto alla salute, anche in considerazione dell'essenzialità ed irrinunciabilità del servizio da queste svolto nel SSN, recando altresì *vulnus* al diritto del cittadino di scegliere la struttura alla quale richiedere l'erogazione della prestazione». Alla luce dell'evoluzione legislativa, per la Corte non è fondata la censura riferita all'art. 32, sotto i profili della lesione del diritto di libera scelta dell'assistito e della possibile incidenza sulla continuità dei rapporti e sulla permanenza delle strutture private all'interno della organizzazione del SSN, con eventuale pregiudizio della funzionalità di quest'ultimo in danno della tutela della salute: perché, riguardo al primo profilo, «il principio di libera scelta non è assoluto e va temperato con gli altri interessi costituzionalmente protetti, in considerazione dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore ordinario incontra in relazione alle risorse finanziarie disponibili»; la prospettazione riferita al secondo profilo è considerata «un'argomentazione meramente ipotetica», «inidonea a dare

Complessivamente, dall'analisi delle decisioni che hanno riguardato normative incidenti sulla libertà di scelta fra soggetti erogatori pubblici e privati si trae la conferma dell'atteggiamento di grande prudenza e rispetto – quasi ossequio – mostrato dalla Corte costituzionale nei confronti della discrezionalità del legislatore, di fatto lasciato libero non soltanto di comprimere l'estensione del principio tenuto conto degli oggettivi limiti organizzativi e finanziari, ma di riproiettarlo in conformità alle opzioni ideologiche prevalenti nelle diverse fasi che hanno scandito l'evoluzione del SSN, in particolare sotto l'aspetto del ruolo spettante ai poteri pubblici e all'iniziativa privata nel sistema di erogazione delle prestazioni. La Corte nega che la libertà di scelta fra operatori sanitari pubblici e privati sia un principio costituzionale e costantemente ribadisce che il diritto alla scelta del medico e del luogo di cura non è un principio assoluto, bensì un principio che, al pari del diritto ai trattamenti sanitari, deve essere «contemperato con altri interessi, costituzionalmente tutelati, puntualmente indicati da norme di principio della legislazione statale»⁴³. Chiamata a pronunciarsi su previsioni determinanti la compressione della libertà di scelta, le ha di norma ritenute ragionevoli, e quindi legittime, per il solo fatto che fosse possibile ravvisare la tutela di quegli interessi quale *ratio* sottostante, senza sottoporre a più approfonditi test (in particolare circa la necessità e la proporzionalità della limitazione) il bilanciamento operato dal legislatore. Dalle stesse decisioni si evince quali siano i principi antagonisti della libertà di scelta ritenuti idonei a giustificare la limitazione, individuati a partire dall'analisi della legislazione sanitaria statale: «esigenze organizzative e funzionali», «programmazione», «contenimento della spesa sanitaria», «razionalizzazione del sistema sanitario». Il principio della programmazione, posto in risalto dalle pronunce più recenti in linea con l'evoluzione legislativa, può essere considerato come la sintesi di quelli individuati in precedenza, poiché, come la Corte non manca di rilevare, la programmazione è funzionale al contenimento della spesa (quindi, più in generale, alla preservazione dell'equilibrio finanziario) e alla razionalizzazione (ovvero

consistenza alla censura». La sent. n. 248/2011 ha escluso che comporti un'illegittima compressione della libertà di scelta la previsione per cui «le Regioni possono individuare prestazioni o gruppi di prestazioni per i quali stabilire la preventiva autorizzazione da parte della ASL competente, alla fruizione presso le strutture o i professionisti accreditati» (art. 8-quinquies, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 502/1992, introdotto dal d.l. n. 112/2008, conv. ex l. n. 133/2008). In questo caso la Corte ha rigettato la questione sollevata dal TAR Sicilia per violazione degli artt. 3 e 32 («sul presupposto che la norma censurata verrebbe a porre 'una limitazione ulteriore, differenziata territorialmente, all'esercizio di un diritto fondamentale', qual è quello alla salute, incidendo in particolare sul principio della cosiddetta libertà di scelta») richiamando i principi enunciati nelle precedenti decisioni e sottolineando la conformità di tale conclusione «alla configurazione del diritto alle prestazioni sanitarie come 'finanziariamente condizionato'».

⁴³ Cfr. sent. n. 200/2005, Considerato 2.

all'efficiente ed efficace organizzazione del servizio⁴⁴), sicché il ruolo da essa assunto si giustifica proprio in relazione a tali esigenze. La tendenza a giustificare la «gradualità» nell'attuazione del diritto ai trattamenti sanitari e degli altri diritti sociali di prestazione in considerazione dei limiti di natura finanziaria e organizzativa incontrati dal legislatore si presta a critiche, per il fatto che in ipotesi di questo tipo i due termini del bilanciamento non sono omogenei, venendo a confliggere, da un lato, diritti la cui tutela è per i poteri pubblici un fine imposto dalla Costituzione e, dall'altro, semplici mezzi o interessi⁴⁵. Tuttavia essa può almeno in parte comprendersi se si considera che interessi quali l'equilibrio finanziario e l'efficiente organizzazione del servizio sono intesi come funzionali alla realizzazione dell'insieme dei fini costituzionalmente imposti, ivi compresa la tutela del diritto alla salute e degli altri diritti sociali a beneficio di tutti i consociati anche per il futuro⁴⁶. In particolare, tutti i principi antagonisti individuati nella legislazione statale e nella giurisprudenza costituzionale possono essere considerati funzionali ad assicurare la continuità del soddisfacimento del diritto alla salute mediante il mantenimento di un servizio pubblico nell'interesse dell'individuo e della collettività e nell'adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà. In questa prospettiva (già indicata dalle sentenze pronunciate a ridosso della prima riforma sanitaria) risultano giustificate la limitazione della libertà di scegliere fra operatori sanitari pubblici e privati e la corrispondente limitazione della libertà d'impresa.

Se la qualificazione della libertà di scelta come principio non assoluto e il riconoscimento di ampi spazi alla discrezionalità del legislatore nella sua conformazione sono coerenti con l'orientamento consolidato per cui il diritto alla salute, nella dimensione di libertà positiva come in quella di diritto ai trattamenti sanitari, è garantito come «diritto costituzionale condizionato», è noto che, proprio con riferimento al diritto alla salute si è affermato un orientamento complementare per

⁴⁴ L'espressione è utilizzata nella sent. n. 236/2012, Considerato 4.2.

⁴⁵ Cfr., in questo senso, R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 109 ss.; nonché M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, Giappichelli, 1994 (p. 100).

⁴⁶ Cfr. M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, a cura di E. CATELANI, G. CERRINA FERONI e M.C. GRISOLIA, Torino, Giappichelli, 2011, 9 ss. L'a., traendo spunto da un brano della sent. n. 416/1995 in cui si afferma che l'obiettivo della tutela della salute deve essere perseguito «in bilanciamento con il valore dell'equilibrio finanziario, presupposto della continuità dell'intervento pubblico nel settore (il dissesto ulteriore e perdurante del sistema porrebbe in pericolo la stessa ulteriore azione pubblica di tutela della salute)», osserva che «il mantenimento dell'equilibrio finanziario non è interpretato come fine a se stesso, ma come funzionale alla protezione della salute medesima, almeno nella proiezione di quegli interventi futuri che verrebbero compromessi dalla consumazione di tutte le risorse economiche già nel presente»; perciò «il richiamo all'equilibrio finanziario dovrebbe essere inteso come l'epitome di un più ampio richiamo ai diritti costituzionali nel loro complesso, ivi compreso lo stesso diritto alla salute (dei terzi, o dello stesso attuale beneficiario degli interventi 'costosi', riguardato nella prospettiva del futuro)» (pp. 29 s.).

cui vi è un nucleo di tutela incompressibile dei diritti sociali, corrispondente al loro «contenuto minimo» o «essenziale», prevalente sulle esigenze di natura finanziaria e organizzativa. Tale orientamento è stato espresso in una serie di decisioni che hanno dichiarato illegittime norme che limitavano in maniera giudicata eccessivamente rigida la possibilità di accedere a prestazioni erogate da operatori non direttamente legati al SSN (in regime di assistenza indiretta da strutture private o all'estero). Da esse si desume che l'esigenza di salvaguardare il contenuto essenziale del diritto alla salute implica che debbano in ogni caso essere assicurate le prestazioni indispensabili e urgenti, indifferibili alla luce della particolare gravità delle condizioni di salute dell'utente, e che pertanto debba sempre essere garantito il concorso del SSN nelle spese sostenute per la loro erogazione da parte di strutture non convenzionate/accreditate quando non risulti possibile la tempestiva erogazione in forma diretta: anche nell'ipotesi in cui l'utente, proprio a causa della gravità delle sue condizioni, non abbia potuto richiedere preventivamente l'apposita autorizzazione prescritta dal legislatore regionale⁴⁷. La stessa esigenza richiede che sia garantita una forma di assistenza sanitaria gratuita, da stabilirsi dal legislatore, ai cittadini italiani che si trovino temporaneamente all'estero per motivi diversi dal lavoro dalla fruizione di una borsa di studio e persino in condizioni di disagio economico⁴⁸. A ben vedere, tuttavia, in queste ipotesi ciò che rileva e giustifica la dichiarazione di illegittimità non è l'esigenza di garantire la libera scelta dell'erogatore, bensì quella di «impedire la costituzione di situazioni prive di tutela»⁴⁹. Esigenza che implica, in un caso, che debba essere garantita – attraverso la deroga alla regola dell'autorizzazione preventiva per l'ammissione all'assistenza indiretta e il differimento della

⁴⁷ Cfr. sentt. nn. 267/1998 e 509/2000, che hanno accolto questioni relative a norme regionali dirette ad attuare l'art. 3, l. n. 595/1985. La Corte ha ritenuto che tali norme, prescrivendo una preventiva autorizzazione dell'USL quale condizione per l'accesso all'assistenza indiretta, senza ammettere deroghe in presenza di «particolari condizioni di gravità, di indispensabilità e d'urgenza», fossero lesive dell'art. 32 Cost., oltre che dell'art. 3 Cost. in quanto intrinsecamente irragionevoli: pertanto le ha dichiarate illegittime nella parte in cui non prevedevano il concorso nelle spese per l'assistenza indiretta «per le prestazioni di comprovata gravità ed urgenza» quando non fosse stato possibile ottenere la preventiva autorizzazione e sussistessero le altre condizioni necessarie per il rimborso. La sent. n. 304/1994 ha ritenuto legittime le norme di una legge regionale e della legge quadro sui portatori di handicap (l. n. 104/1992) che escludevano per le prestazioni riabilitative di carattere continuativo e prolungate nel tempo erogate in regime di assistenza indiretta il rimborso ammesso per prestazioni chirurgiche o interventi diagnostici e specifici.

⁴⁸ Cfr. sent. n. 309/1999, che ha dichiarato l'illegittimità per contrasto con gli artt. 32 e 3 Cost. delle disposizioni statali in materia di assistenza ai cittadini all'estero (art. 37, l. n. 833/1978, disposizione di delega, e artt. 1 e 2 d.lgs. n. 618/1980, norme di attuazione) nella parte in cui non prevedevano alcuna forma di assistenza gratuita da stabilirsi dal legislatore per la categoria indicata.

⁴⁹ Cfr. sent. n. 509/2000: «il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è soggetto a bilanciamento, restando salvo, in ogni caso, quel nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana [...], il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto».

verifica dei presupposti sostanziali, nonché di gravità ed urgenza – l'erogazione delle prestazioni indifferibili per evitare un grave pregiudizio all'integrità fisica e alla stessa vita del paziente (peraltro in circostanze nelle quali non sono tempestivamente praticabili soluzioni alternative e una reale scelta non può pertanto essere esercitata); nell'altro caso, che non possa ammettersi che, proprio per quei soggetti indigenti in favore dei quali «la garanzia costituzionale dell'art. 32 è posta con il massimo di cogenza», il temporaneo espatrio determini la perdita dell'assistenza gratuita⁵⁰.

In conclusione si può affermare, in base alla giurisprudenza costituzionale consolidata, che la libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie – che non è un principio costituzionale, né è compresa fra i livelli essenziali delle prestazioni⁵¹ – non rientra nel contenuto essenziale del diritto alla salute, non comprimibile da esigenze di natura finanziaria o organizzativa: essa è un principio fondamentale della legislazione statale e una particolare espressione della libertà di cura garantita dall'art. 32 Cost., ma nessuna decisione ne afferma la prevalenza sulle esigenze di contenimento della spesa o razionalizzazione a prescindere da esigenze di uguaglianza, di tutela dell'integrità fisica e della stessa vita del paziente, o della salute di soggetti ai quali, per la loro condizione, la Costituzione garantisce una protezione rafforzata.

⁵⁰ Non si tratta di assicurare agli indigenti la libertà di recarsi all'estero allo scopo di ottenere, a spese della collettività, le cure da essi ritenute migliori, bensì di evitare che dalla loro temporanea permanenza all'estero – per motivi che non possono essere valutati aprioristicamente in termini negativi in quanto «l'espatrio può costituire in ogni caso fattore di arricchimento e di sviluppo della personalità» – derivi «l'aggravamento di una condizione materiale negativa», che è «vietato al legislatore»: cfr. sent. n. 309/1999 (qui, premesso che «la definizione del livello di tutela da accordare all'indigente all'estero postula scelte [...] che sono rimesse al bilanciamento legislativo», si precisa che «spetta al legislatore adottare le cautele e gli accorgimenti idonei a far sì che il diritto alle cure gratuite per l'indigente all'estero non trasmodi in un diritto dei cittadini di rifiutare le cure offerte in Italia dal Servizio sanitario nazionale e di scegliere liberamente»). Peraltro anche nella prima ipotesi si tratta di evitare che il vuoto di tutela si determini quando la condizione del paziente, sotto un aspetto diverso, richiederebbe una tutela rafforzata: «proprio nei casi in cui appare più grave il rischio per il bene primario della salute» e la «gravità delle condizioni dell'assistito non consente di adempiere alle modalità temporali di espletamento dell'autorizzazione» (sent. n. 267/2008). Tanto che, se nella sent. n. 399/1999 la lesione del contenuto essenziale coincide con quella del diritto degli indigenti alle cure gratuite, le sentt. nn. 267/1998 e 509/2000 dichiarano illegittime norme che non ammettevano deroghe al requisito dell'autorizzazione preventiva per l'ammissione all'assistenza indiretta, per violazione non solo dell'art. 32, ma anche dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza. Nel complesso il riferimento al contenuto essenziale sembra assumere una funzione rafforzativa e accessoria in pronunce in cui la Corte supera la consueta riluttanza a censurare le scelte legislative riguardanti l'attuazione del «diritto costituzionale condizionato» ai trattamenti sanitari e, sebbene giunga a riconoscere una violazione del parametro sostanziale, al contempo individua per la propria decisione un solido ancoraggio nel testo costituzionale (condizione di indigenza) o evidenzia una lesione dell'art. 3.

⁵¹ Al riguardo è inequivocabile Corte cost., sent. n. 387/2007.

4. La libertà di scelta dell'erogatore all'interno del territorio nazionale secondo la sentenza n. 236/2012 della Corte costituzionale: i termini della questione e la soluzione data

Con la sentenza n. 236 del 2012 la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi su censure avanzate nei confronti di una normativa sospettata di comportare un'illegittima limitazione della «libertà di scelta del luogo di cura». Tuttavia, come si è anticipato, la decisione si distingue dalle precedenti per una notevole peculiarità: in essa è stata considerata un'ipotesi di limitazione della libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale, a prescindere dalla Regione di residenza. Il giudizio ha riguardato una normativa regionale incidente sulla libertà di scegliere, in alternativa alle strutture ubicate nel territorio della Regione di residenza del paziente, strutture ubicate nel territorio di altre Regioni, laddove in precedenza era stata sindacata la legittimità di discipline, statali e regionali, che comportavano una limitazione della libertà di scegliere fra soggetti pubblici e privati abilitati ad erogare prestazioni a carico del SSN, oppure di discipline che non garantivano la copertura delle spese per l'assistenza fornita da soggetti non abilitati all'erogazione a carico del SSN (assistenza indiretta, prestata da operatori privati non legati al SSN o da operatori aventi sede all'estero). Più precisamente, la disciplina impugnata nel caso di specie era stata censurata perché avrebbe illegittimamente limitato la libertà dei residenti nella Regione in cui trovava applicazione di scegliere come erogatori strutture aventi sede in altre Regioni. Poiché la decisione è ad oggi l'unica pronunciata dalla Corte su una disciplina di questo tipo, essa costituisce un imprescindibile riferimento per lo sviluppo di una riflessione di ordine più generale sull'estensione di tale libertà e sulle ragioni che possono giustificare la restrizione nell'ordinamento.

La sentenza ha accolto una questione sollevata nei confronti di una disposizione contenuta in una legge della Regione Puglia, giudicata irragionevolmente restrittiva del diritto dei residenti nella stessa Regione alla libera scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie. La normativa impugnata non aveva un ambito di applicazione generale, nel senso che non era riferita a tutte le prestazioni assicurate dal SSN, bensì incideva esclusivamente sulla scelta del soggetto erogatore di una particolare tipologia di prestazioni, quelle riabilitative domiciliari, concretamente limitando la facoltà di ricorrere a strutture extraregionali in alternativa a quelle regionali. L'art. 8 della l.r. 25 febbraio 2010, n. 4 (recante «*Norme urgenti in materia di sanità e servizi sociali*»), nel regolare la sottoscrizione di accordi contrattuali finalizzati all'erogazione di tali prestazioni fra le ASL pugliesi e le strutture sanitarie in grado di provvedervi, stabiliva un ordine di priorità per la scelta dei contraenti da parte dell'amministrazione regionale, prevedendo che, in caso di insufficienza

delle strutture pubbliche rispetto al fabbisogno previamente determinato dai direttori generali di ciascuna ASL, questi ultimi dovessero stipulare gli accordi necessari ad assicurarne il soddisfacimento di preferenza con le strutture private accreditate insistenti nell'ambito territoriale dell'ASL di riferimento e in subordine, qualora neanche attraverso il ricorso a tali strutture il fabbisogno potesse essere soddisfatto, con «strutture insistenti in altri ambiti territoriali regionali, in ragione dell'abbattimento delle liste di attesa». Le censure formulate nell'ordinanza di rimessione pronunciata dal TAR per la Puglia non riguardavano la scelta legislativa di garantire la priorità di utilizzo delle strutture pubbliche⁵². Il TAR aveva invece manifestato perplessità con riferimento alle altre priorità indicate, rilevando come «al di là della formale apertura in favore delle strutture extraregionali» la legge pugliese effettuasse «una vera e propria operazione di concentrazione delle prestazioni di riabilitazione domiciliare in favore delle strutture operanti nell'ambito territoriale dell'ASL di riferimento, indipendentemente da ragioni di razionalizzazione e/o contenimento della spesa pubblica»⁵³. Da tali perplessità era derivata la decisione di sollevare questione di legittimità costituzionale della disposizione «nella parte in cui impone[va] che le prestazioni di riabilitazione domiciliare anche per soggetti disabili [dovessero] essere rese prioritariamente da strutture insistenti nell'ambito territoriale dell'ASL di riferimento e comunque della Regione Puglia rispetto a strutture, anche limitrofe, extraregionali», adducendo, fra gli altri motivi, la violazione dell'art. 32 Cost. Secondo l'opinione del giudice remittente, la disciplina, precludendo di fatto la possibilità di stipulare accordi con strutture extraregionali, avrebbe comportato una limitazione del diritto alla salute dei pazienti bisognosi di prestazioni riabilitative domiciliari residenti in Puglia sia sotto il profilo della «libertà di scelta del luogo di cura» sia, per quelli già presi in carico da strutture extraregionali, sotto il profilo del diritto alla continuità del rapporto con l'operatore sanitario e quindi alla socializzazione quale fattore condizionante il trattamento terapeutico dei disabili. Limitazione ritenuta irragionevole perché non giustificata in concreto da un'esigenza di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, stante l'assenza di ragioni di contenimento della spesa pubblica e di preminenti ragioni di organizzazione del servizio sanitario⁵⁴.

⁵² Sotto questo aspetto la possibilità di ravvisare profili di incostituzionalità era stata esclusa in forza del richiamo al consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa che nega l'equiparazione fra strutture pubbliche e private, «essendo soltanto l'attività degli operatori privati sottoposta a limitazioni in ordine alle prestazioni erogabili (tetti di spesa) per ragioni di programmazione della spesa sanitaria»: cfr. ord. di rimessione, punto 7.2 della parte in *Diritto*.

⁵³ Cfr. ancora ord. di rimessione, punto 7.3 della parte in *Diritto*.

⁵⁴ Viceversa la disciplina precedentemente in vigore (art. 19 l.r. n. 26/2006, nella versione anteriore a quella introdotta dall'art. 8 l.r. n. 4/2010) consentiva di sottoscrivere accordi indifferente con

La Corte costituzionale ha ritenuto che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 l.r. n. 4/2010 «nella parte in cui preclude[va] alle Aziende Sanitarie Locali (ASL) della Regione Puglia la possibilità di stipulare accordi contrattuali con strutture sanitarie private aventi sede legale fuori dal territorio regionale, relativamente all'erogazione di prestazioni riabilitative domiciliari a favore di pazienti residenti in Puglia» (cfr. punto 1 del *Considerato*) fosse fondata in relazione all'art. 32 Cost., sotto il profilo della «libertà di scelta del luogo di cura», nonché in relazione agli artt. 3 e 117, co. 1 Cost., e conseguentemente ha pronunciato una sentenza parzialmente ablativa che, facendo salva la priorità attribuita alle strutture pubbliche e alle strutture private accreditate ubicate nell'ambito territoriale dell'ASL «contraente», ha parificato la posizione delle strutture private accreditate extraregionali a quella delle strutture private accreditate regionali, ubicate negli ambiti territoriali delle altre ASL della Regione Puglia: nel dispositivo è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, co. 4 della l.r. 9 agosto 2006 n. 26 come sostituito dalla disposizione impugnata limitatamente alla parola «regionali». Quanto ai fondamenti della pronuncia, essi possono essere illustrati schematicamente osservando che: i giudici costituzionali hanno ritenuto che la disposizione impugnata non si limitasse a stabilire un ordine di priorità tale da avvantaggiare le strutture regionali rispetto a quelle extraregionali in sede di sottoscrizione degli accordi contrattuali per l'erogazione di prestazioni riabilitative domiciliari, ma avesse in realtà l'effetto di precludere la sottoscrizione di tali accordi fra i direttori delle ASL regionali e le strutture extraregionali; essi hanno di conseguenza ritenuto che la stessa disposizione, oltre a limitare l'autonomia delle ASL pugliesi, operasse una discriminazione a favore delle strutture

strutture regionali e con strutture extraregionali, in quanto si limitava a disporre che, «ferma restando la piena operatività delle strutture pubbliche», i direttori generali delle ASL stipulassero «contratti con i presidi accreditati per l'erogazione di prestazioni di riabilitazione in forma domiciliare, insistenti nel rispettivo territorio e/o in altri ambiti territoriali, rivolte alla presa in carico dei soggetti portatori di disabilità (tenendo conto del fabbisogno determinato nell'ambito territoriale di ciascuna ASL)», per il raggiungimento dei due obiettivi dell'«esercizio pieno del diritto alla libera scelta da parte dell'utente» e della «facilità di accesso per l'utente e riduzione dei tempi di attesa». La questione sollevata dal TAR traeva origine da ricorsi promossi da strutture sanitarie private aventi sede in Basilicata e da questa accreditate, le quali da anni erogavano con continuità prestazioni riabilitative domiciliari in favore di cittadini residenti nella vicina Puglia in esecuzione di accordi sottoscritti con l'ASL di Bari sulla base di tale disciplina: obiettivo dei ricorsi era ottenere l'annullamento, previa sospensione in via cautelare, delle note con cui il direttore generale dell'ASL aveva invitato tali strutture a dismettere i trattamenti nei confronti dei pazienti residenti nel corrispondente ambito territoriale, nonché del regolamento regionale di attuazione della nuova disposizione legislativa. L'ordinanza di rimessione era stata pronunciata su iniziativa delle ricorrenti – che lamentavano un contrasto fra la nuova disciplina regionale e gli artt. 3, 32, 97 e 117, co. 1 e 3 Cost. – e con l'adesione di pazienti pugliesi da esse assistiti, intervenuti nel giudizio davanti al TAR in ragione del grave pregiudizio suscettibile di derivare per la loro salute dalla paventata interruzione dei progetti personalizzati di riabilitazione. Il TAR, oltre ad accogliere la richiesta di sospensione, aveva valutato non manifestamente infondata la questione con riferimento a tutti i parametri indicati e agli artt. 24 e 113 Cost.

private accreditate aventi sede nella Regione e in danno di quelle extraregionali tale da tradursi, per i residenti disabili bisognosi di prestazioni riabilitative domiciliari, in una limitazione della «libertà di scelta del luogo di cura», che è stata giudicata: a) lesiva dell'art. 32 Cost., in quanto irragionevole (perché non sorretta da esigenze di contenimento della spesa sanitaria o di razionalizzazione del sistema sanitario); b) lesiva del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., in quanto implicante per quei soggetti, particolarmente deboli, un trattamento peggiore rispetto a quello previsto per i residenti affetti da disabilità meno gravi, bisognosi di prestazioni riabilitative ambulatoriali; c) lesiva dell'art. 117, co. 1 Cost., in quanto, per la stessa ragione, contrastante con una Convenzione internazionale ratificata dall'Italia. Tralasciando l'esame dei profili attinenti agli ulteriori motivi di incostituzionalità indicati dal TAR, di seguito sarà preferibile e necessario, in considerazione degli obiettivi che sono stati indicati in premessa, dedicare attenzione preminente alle argomentazioni sviluppate dalla Corte, dal TAR e dalla difesa regionale con riferimento al profilo della violazione dell'art. 32 sotto l'aspetto della «libertà di scelta del luogo di cura»; nonché, per quel che è indispensabile ad esprimere una valutazione più avveduta della posizione assunta dalla Corte sul tema della libertà di scelta nel caso di specie, a quelle riferite agli artt. 3 e 117.

5. Il percorso argomentativo seguito dalla Corte e lo scarso rilievo assegnato alle peculiarità del caso

Nella sentenza n. 236/2012, chiamata a valutare la fondatezza di una questione sollevata nei confronti di una norma sospettata di comprimere illegittimamente la libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza, la Corte costituzionale ha sviluppato una linea argomentativa coerente con quella affermata nella sua giurisprudenza precedente in materia di libertà di scelta fra soggetti erogatori pubblici e privati. Essa ha ritenuto che la scelta del legislatore pugliese di definire un ordine di priorità al quale le ASL regionali avrebbero dovuto attenersi nell'individuazione delle strutture con le quali stipulare accordi contrattuali per l'erogazione di prestazioni riabilitative domiciliari in favore dei residenti nella Regione comportasse, insieme con la limitazione dell'autonomia delle stesse ASL, corrispondenti limitazioni della libertà di scelta: più precisamente, ha ravvisato nella priorità assoluta assegnata alle strutture pubbliche dell'ASL di riferimento una limitazione della libertà di scelta fra erogatori pubblici e privati e nella priorità attribuita alle strutture ubicate nel territorio regionale una limitazione della libertà di scegliere l'erogatore in tutto il territorio nazionale indipendentemente dal luogo di residenza dell'assistito. Allo scopo di stabilire se le

priorità indicate e le conseguenti limitazioni della libertà di scelta fossero legittime ne ha quindi valutato la ragionevolezza: applicando la tecnica di decisione affinata nei giudizi riguardanti discipline restrittive della libertà di scelta fra erogatori pubblici e privati, ha verificato se fosse possibile individuare come *ratio* sottostante la tutela di contrapposti interessi di rango costituzionale, quali l'interesse al contenimento della spesa e quello alla razionalizzazione del sistema sanitario, di regola riconosciuti prevalenti in quei giudizi.

La Corte esprime «in via preliminare» la propria valutazione sulla scelta di attribuire priorità innanzitutto alle strutture pubbliche e, di seguito, a quelle private insistenti nel territorio dell'ASL – che non costituiva oggetto di censura nell'ordinanza di rimessione – apparentemente proprio allo scopo di ricordare che previsioni finalizzate alla tutela di tali interessi giustificano limitazioni della libertà di scelta. Essa ritiene infatti tali priorità «in linea di massima [...] legittime e dotate di base razionale», perché definiscono un assetto «in linea con le direttrici stabilite in generale dal legislatore statale», caratterizzato «dalla programmazione del numero e dell'attività dei soggetti erogatori, in modo da evitare il rischio di sottoutilizzazione delle strutture pubbliche» e «dalla ripartizione preventiva della domanda tra un numero chiuso di soggetto erogatori»⁵⁵. La *ratio* della priorità accordata alle strutture pubbliche era stata esplicitata dal legislatore regionale, che l'aveva giustificata con l'esigenza di «favorir[n]e la piena operatività nel territorio di riferimento», e risultava difficilmente contestabile alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha espressamente escluso l'equiordinazione fra strutture pubbliche e private pur se accreditate⁵⁶. Lo stesso non può dirsi per quel che riguarda la priorità accordata alle strutture private accreditate aventi sede nell'ambito territoriale dell'ASL: evidentemente la Corte ritiene anch'essa corrispondente a una logica di razionalizzazione, ma non dà una motivazione precisa della propria valutazione, anche se è intuibile che questa si fondi sulla considerazione delle ridotte dimensioni degli ambiti territoriali delle singole ASL⁵⁷. Chiarito ciò, la Corte passa a valutare la

⁵⁵ Come già affermato nella sent. n. 94/2009, esplicitamente richiamata: cfr. Considerato 4.1.

⁵⁶ Cfr. la stessa sent. n. 94/2009, che aveva ritenuto non fondata la censura avanzata nei confronti di norme che prevedevano l'applicazione di sconti alle tariffe di remunerazione per le sole prestazioni erogate dalle strutture private accreditate con riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento tra strutture accreditate, pubbliche e private, e tra strutture private che erogano o meno prestazioni per conto del SSN, perché: la «equiordinazione» delle prime «deve infatti essere esclusa, tra l'altro, in quanto la doverosa peculiarità connessa alla natura pubblica della struttura comporta che su di essa grava l'obbligo di prestare i servizi, anche oltre il tetto di spesa assegnato»; risulta poi «evidente» la «diversità delle situazioni delle strutture private che erogano prestazioni per conto del SSN, ovvero di privati».

⁵⁷ Per cui di norma il domicilio del paziente sarà più prossimo a tali strutture che a quelle ubicate in altre Regioni, anche confinanti; mentre non è sicuro che esso risulti più vicino a strutture ubicate negli ambiti

ragionevolezza della previsione per cui le ASL possono sottoscrivere accordi con le strutture sanitarie ubicate «in altri ambiti territoriali regionali», in caso di insufficienza degli accordi stipulati con gli operatori ubicati nell'ambito territoriale di riferimento dell'ASL: dal confronto con la disciplina previgente, che si riferiva ad «altri ambiti territoriali» senza ulteriori specificazioni, essa desume che la nuova previsione «circoscrive la possibilità di concludere accordi contrattuali con i soli operatori situati nel territorio regionale», ovvero comporta una «preclusione su base territoriale», un vero e proprio «divieto» di stipulare accordi con strutture ubicate al di fuori della Regione⁵⁸. Proprio questa «delimitazione su base territoriale» costituisce «specifico oggetto di censura» nel giudizio di legittimità costituzionale, essendo stata alla base degli atti amministrativi impugnati di fronte al TAR remittente⁵⁹. La «specificazione in base alla quale i direttori generali delle ASL pugliesi sono abilitati a stipulare accordi con le sole strutture sanitarie ubicate in ambito territoriale regionale» viene giudicata «irragionevole e inutilmente restrittiva della libertà di cura garantita dall'art. 32 Cost.» La Corte muove dalla premessa che «la libertà di scelta del luogo di cura in tutto il territorio nazionale», al pari della libertà di scelta fra operatori pubblici e privati, «non ha carattere assoluto»: dopo aver richiamato la consueta formula secondo cui la libertà di scelta deve essere temperata con altri interessi costituzionalmente protetti e le decisioni più recenti che l'avevano ripetuta, precisa che «non è vietato al legislatore sacrificare la libertà di scelta del paziente, a condizione che il sacrificio risulti necessitato dall'esigenza di preservare altri beni di rango costituzionale, quale ad esempio un'efficiente ed efficace organizzazione del sistema sanitario» (espressione che chiaramente allude alle esigenze di contenimento della spesa e di razionalizzazione ritenute prevalenti sulla libertà di scelta fra operatori pubblici e privati nella giurisprudenza precedente). L'irragionevolezza della disciplina impugnata deriva in primo luogo dal fatto che «nel caso di specie non emergono sufficienti ragioni di pregio costituzionale che giustificino la restrizione del diritto protetto dall'art. 32 Cost.» Più in particolare, la Corte

territoriali di altre ASL della stessa Regione che a strutture ubicate al di fuori della Regione, a breve distanza dai confini.

⁵⁸ Cfr. Considerato 4.1.

⁵⁹ Le note delle ASL della Regione Puglia che avevano imposto ad alcune strutture ubicate nella confinante Regione Basilicata di interrompere l'erogazione di prestazioni riabilitative domiciliari in favore di pazienti pugliesi, iniziata sulla base di accordi fondati sulla disciplina regionale previgente; e il regolamento di esecuzione della nuova legge. La rilevanza della questione è stata contestata dalla difesa regionale, secondo cui la legge non avrebbe potuto comportare l'interruzione dei rapporti già in essere sulla base di accordi fondati sulla disciplina previgente, ma si sarebbe riferita soltanto a nuovi accordi. Tuttavia la Corte ha ritenuto sufficiente a fugare ogni dubbio la circostanza che fra gli atti impugnati davanti al TAR fosse compreso il regolamento: dal momento che «la decisione del giudice a *quo* sulla legittimità del regolamento non può prescindere dall'applicazione della legge impugnata nel presente giudizio, la quale costituisce parametro per la valutazione della normativa regolamentare» (Considerato 3).

osserva che «delimitare la scelta dei soggetti erogatori di prestazioni nell'ambito del territorio regionale incide irragionevolmente sulla libertà di scelta del luogo di cura» [*rectius*: sulla libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie, che nel caso di specie sono erogate presso il domicilio del paziente] perché «non ottiene necessariamente un risparmio di spesa», bensì «potrebbe tradursi persino in una diseconomia, nel caso in cui le tariffe praticate dai presidi sanitari di altre Regioni siano inferiori a quelle pugliesi»: poiché in concreto «non sussistono le ragioni di contenimento della spesa pubblica e di razionalizzazione che in linea astratta sono idonee a giustificare una restrizione del diritto alla libertà di cura», la preclusione su base territoriale viene considerata espressione di un bilanciamento non ragionevole «tra la libertà di cura e le esigenze della finanza pubblica». In secondo luogo, l'irragionevolezza della normativa impugnata e il suo contrasto anche con l'art. 3 Cost. sotto tale profilo derivano dalla «rigidità del divieto» con essa introdotto: questa impedisce all'amministrazione di effettuare un bilanciamento ragionevole nelle circostanze concrete in cui si trovi ad operare, giacché «non consente di valutare alle singole ASL caso per caso tutti gli elementi rilevanti ai fini della determinazione a stipulare un accordo contrattuale con presidi privati, intraregionali o extraregionali»⁶⁰.

Occorre sottolineare come il caso esaminato risultasse peculiare sotto almeno due aspetti: non soltanto perché la Consulta era chiamata a decidere se la disciplina impugnata comportasse una legittima limitazione della facoltà di scegliere il soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza; ma anche perché tale disciplina era riferita a una particolare tipologia di prestazioni – quelle riabilitative – per la cui erogazione la l. n. 833/1978 aveva previsto uno speciale regime descritto dall'art. 26, indicato dal giudice *a quo* come principio fondamentale della materia «tutela della salute» tuttora vincolante per i legislatori regionali. La descrizione del percorso argomentativo seguito dalla Corte per arrivare a stabilire che la disciplina regionale effettivamente comportava una irragionevole limitazione della libertà di scelta del luogo di cura in tutto il territorio nazionale mostra tuttavia come essa sia giunta a tale conclusione senza porre in evidenza tali peculiarità e senza trarne, almeno esplicitamente, delle implicazioni rilevanti ai fini della decisione. Difatti essa ha affermato che la norma impugnata comportava una limitazione della «libertà di scelta del luogo di cura in

⁶⁰ Di tali elementi la Corte fornisce un elenco di valore esemplificativo, comprendente «le condizioni economiche offerte dai singoli operatori sanitari», ma anche «le caratteristiche dei pazienti, la tipologia delle prestazioni riabilitative da erogare» e «la dislocazione territoriale effettiva (giacché può accadere che un presidio sanitario extra-regionale si trovi nei fatti più vicino al domicilio del paziente, rispetto a strutture aventi sede legale nella Regione, specie nelle zone confinanti con altre Regioni)» (Considerato 4.2.).

tutto il territorio nazionale» senza fare alcun riferimento al rapporto fra la norma stessa e la legislazione statale di principio; mentre, per stabilire che la limitazione era irragionevole, si è attenuta allo schema collaudato nel sindacare la ragionevolezza di norme restrittive della libertà di scelta fra soggetti erogatori pubblici e privati: identici sono stati la premessa (la non assolutezza del principio), lo svolgimento (l'individuazione della *ratio* della norma restrittiva e la verifica della sua corrispondenza alle esigenze di tutela di interessi costituzionalmente protetti), ma anche – ciò che poteva apparire meno scontato – i principi antagonisti ritenuti suscettibili di giustificare la limitazione.

6. La possibilità di ravvisare una limitazione della libertà di scelta in considerazione dello speciale regime di erogazione delle prestazioni riabilitative

Nell'assetto del SSN definito dalla l. n. 833/1978, l'art. 26 disciplinava l'erogazione delle prestazioni di riabilitazione⁶¹ – considerate unitariamente, senza distinguere fra quelle erogate presso strutture sanitarie e quelle erogate presso il domicilio del paziente (le uniche alle quali si riferiva invece la norma regionale impugnata) – in maniera coerente con la concezione generale a cui si ispirava il provvedimento, che assegnava agli operatori privati un ruolo marginale, di supporto e integrazione, e di conseguenza limitava fortemente la libertà dei pazienti di scegliere se ricorrere a strutture pubbliche oppure a strutture private, pur se convenzionate. Vi si prevedeva infatti che l'USL assicurasse tali prestazioni di norma attraverso i propri servizi e, soltanto in via subordinata, qualora non fosse stata in grado di fornire il servizio direttamente, mediante convenzioni. Per altro verso, sotto l'aspetto della possibilità di accedere all'assistenza prestata da strutture ubicate in ambiti territoriali diversi da quello dell'USL di appartenenza, il regime di erogazione delle prestazioni riabilitative era invece caratterizzato da una peculiarità, consistente nell'esplicita previsione che l'USL potesse stipulare le convenzioni finalizzate a soddisfare il fabbisogno non assicurato direttamente dalle proprie strutture indifferentemente «con istituti esistenti nella regione in cui abita l'utente o anche in altre regioni». La specificità del regime di erogazione delle prestazioni riabilitative consisteva pertanto nella astratta parificazione fra le strutture regionali e quelle extraregionali, ugualmente ammesse a stipulare convenzioni con le singole USL: per cui, in concreto, gli utenti potevano esercitare la libertà di scelta dell'erogatore nell'ambito delle strutture, regionali o extraregionali, con le quali l'USL di appartenenza, sulla base di una autonoma valutazione, avesse stipulato una convenzione.

⁶¹ Definite nella stessa disposizione come «prestazioni dirette al recupero funzionale e sociale dei soggetti affetti da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, dipendenti da qualunque causa».

Nonostante le profonde trasformazioni del sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie conseguenti all'evoluzione della legislazione statale, il TAR per la Puglia, sulla scorta di una recente giurisprudenza amministrativa⁶², ha indicato l'art. 26 come principio fondamentale tuttora vincolante per i legislatori regionali nell'ordinanza con cui ha promosso il giudizio di legittimità costituzionale conclusosi con la pronuncia della sentenza n. 236/2012. Secondo la lettura datane dallo stesso TAR, la disposizione «riconosce espressamente in riferimento alle prestazioni di riabilitazione il diritto alla libera scelta del luogo di cura sull'intero ambito territoriale nazionale – pur se da qualificarsi non assoluto – e quindi oltre il territorio della sola Regione Puglia, nell'ottica di una tendenziale parificazione o quantomeno non discriminazione delle strutture private accreditate aventi sede presso altre Regioni»: il «completo discostamento» dal principio sancito dall'art. 26 l. n. 833/1978, giustificava perciò la censura per presunto contrasto con l'art. 117, co. 3 Cost. avanzata nei confronti della nuova norma pugliese. Questa lettura implicitamente si fondava su un'interpretazione sistematica e storico-evolutiva, che teneva conto ad un tempo della specialità dell'art. 26 e di come le riforme approvate a partire dal d.lgs. n. 502/1992 avessero sancito, per le prestazioni specialistiche, ospedaliere e sociosanitarie, il superamento del regime convenzionale ed il passaggio ad un nuovo sistema di erogazione fondato sull'accreditamento e sulla stipulazione di accordi contrattuali⁶³. Appare evidente che per il TAR – constatato che nel sistema configurato dalla l. n. 833/1978 lo strumento per l'instaurazione di un rapporto fra il SSN e gli operatori privati, presupposto per la remunerazione delle prestazioni da questi erogate, era la convenzione, mentre con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 502/1992 e della l. n. 674/1994 la stessa funzione viene svolta dall'accreditamento, e infine, nel sistema codificato dal d.lgs. n. 229/1999, si richiede la stipula di un accordo contrattuale con l'operatore previamente autorizzato e accreditato – ciò che rileva è la funzione dell'atto nell'assetto organizzativo del servizio sanitario, non il suo *nomen*, che muta così come mutano il nome e l'organizzazione interna dell'ente preposto ad assicurare l'erogazione delle prestazioni: non più USL, ma ASL o AUSL. Il contenuto del principio che resta immutato e vincolante è invece lo schema particolare dei rapporti fra quell'ente e gli operatori privati dei quali esso può avvalersi per garantire il fabbisogno di prestazioni riabilitative nell'ambito territoriale di propria competenza, schema secondo il quale l'ente può instaurare direttamente un rapporto tanto con operatori aventi sede nella propria Regione quanto con operatori aventi sede in altre Regioni, posti sotto questo

⁶² C.G.A.S. 6 settembre 2010, n. 1130.

⁶³ Difatti nell'ordinanza di rimessione il TAR indica quale normativa nazionale rilevante, oltre all'art. 26, l. n. 833/1978, anche l'art. 8-bis, d.lgs. n. 502/1992, nel quale è descritto il sistema di erogazione fondato sull'accreditamento e gli accordi contrattuali.

aspetto in posizione di parità (mentre – giova ripetere – secondo il regime vigente per la generalità delle prestazioni sanitarie gli accordi sono stipulati dalle ASL con gli operatori accreditati aventi sede nel territorio della propria Regione, senza pregiudizio della libertà dell'utente di scegliere l'erogatore nell'ambito dei soggetti accreditati che abbiano stipulato accordi contrattuali in tutto il territorio nazionale)⁶⁴.

La Corte costituzionale evita tuttavia di pronunciarsi sul presunto contrasto fra la disciplina impugnata e l'art. 117, co. 3 Cost. e non opera alcun confronto fra la stessa disciplina e la legislazione statale di principio. Dopo aver stabilito che la nuova norma pugliese determinava un'irragionevole limitazione della libertà di cura e quindi la lesione degli artt. 32 e 3 Cost. basandosi esclusivamente sul confronto con la disciplina regionale previgente, oltre che sui principi affermati nella propria giurisprudenza, e dopo essersi espressa su altri motivi di censura (riferiti all'art. 3 Cost. in relazione al principio di uguaglianza e all'art. 117, co. 1 Cost.), dichiara assorbiti tutti quelli residui, compreso quello riferito all'art. 117 co. 3 Cost. Di conseguenza non si cura di ricostruire il quadro normativo statale e regionale relativo all'erogazione delle prestazioni riabilitative né di individuare il principio fondamentale della materia «tutela della salute» a cui il legislatore regionale deve conformarsi nel disciplinarla. Per cui non chiarisce in maniera esplicita e inequivocabile se sia valida l'interpretazione del giudice rimettente secondo cui l'art. 26, l. n. 833/1978 deve tuttora essere considerato un principio vincolante⁶⁵ o se al contrario le prestazioni riabilitative debbano essere erogate secondo il regime comune descritto dagli artt. 8-bis e seguenti del d.lgs. n. 502/1992, che riconosce libertà di scelta in tutto il territorio nazionale nell'ambito

⁶⁴ Lo stesso legislatore pugliese, con norme approvate prima di quella impugnata - ma dopo l'entrata in vigore delle riforme statali che avevano sancito il superamento del sistema convenzionale ed il passaggio a quello fondato sull'accreditamento – aveva disciplinato l'erogazione delle prestazioni riabilitative mostrando di avere come riferimento lo schema descritto nell'art. 26; sebbene, tenendo conto dell'evoluzione della legislazione statale, egli abbia mutato le denominazioni utilizzate per indicare gli atti mediante i quali viene conferita l'abilitazione ad erogare prestazioni a carico del SSN. Dapprima, con una disposizione riferita a tutte le prestazioni riabilitative (domiciliari e non) egli aveva stabilito che «le prestazioni erogate in favore di cittadini pugliesi da centri di riabilitazione extra-regionale convenzionati con il Servizio sanitario nazionale ex art. 26 della legge 23 dicembre 1978 n. 833 sono a carico della USL di residenza dell'assistito» (art. 3, co. 4, l.r. n. 26/1995). Quindi, con riferimento specifico alle prestazioni riabilitative domiciliari, aveva previsto, in conformità a quello schema, la stipulazione di «contratti» fra le ASL e i presidi accreditati «insistenti nel rispettivo territorio e/o in altri ambiti territoriali» (anche al di fuori del territorio regionale: art. 19, l.r. n. 26/2006, cit., prima della modifica apportata nel 2010); per poi approvare la norma impugnata, che se ne è discostata con l'evidente finalità di favorire le strutture private accreditate regionali.

⁶⁵ La Corte menziona l'art. 26 solo nella parte *in fatto* dove riferisce che «secondo il giudice *a quo* la legge regionale si discosterebbe dai principi fondamentali della legislazione in materia di 'tutela della salute', posto che la disposizione statale «riconoscerebbe il diritto di libera scelta del luogo di cura sull'intero territorio nazionale, sebbene in termini non assoluti» (punto 1.8).

degli operatori accreditati che abbiano stipulato accordi contrattuali con una qualsiasi ASL o Regione, anche diverse da quelle dell'assistito⁶⁶.

In secondo luogo, non chiarisce esplicitamente se – ammettendo che l'art. 26 debba considerarsi tuttora principio fondamentale – in assenza di convenzioni stipulate direttamente fra l'ASL di appartenenza dell'assistito e strutture extraregionali debba considerarsi preclusa ogni possibilità di accedere alle prestazioni riabilitative da queste erogate o se, viceversa, l'utente possa comunque accedervi per propria scelta, a carico dell'ASL di appartenenza, a condizione che tali strutture siano accreditate e abbiano stipulato un accordo con una qualsiasi altra ASL. Un intervento chiarificatore sarebbe stato invece opportuno, poiché neanche sotto questo aspetto vi è piena certezza. L'art. 44 u.co., l. n. 833/1978 prevedeva che le convenzioni stipulate dalle USL competenti per territorio con istituzioni di carattere privato avessero efficacia anche per tutte le altre USL del territorio nazionale, ed estendeva tale regola alle convenzioni stipulate con le aziende termali, senza menzionare specificamente anche le convenzioni stipulate per l'erogazione di prestazioni riabilitative. Poiché al contrario sia le aziende termali sia le istituzioni convenzionate per l'erogazione di prestazioni di riabilitazione erano citate, insieme alle istituzioni di carattere privato, nell'art. 43 che individuava le istituzioni soggette ad autorizzazione, la mancata menzione delle seconde nell'art. 44 indurrebbe a ritenere che le convenzioni con esse stipulate da una USL non fossero automaticamente efficaci nei confronti di altre USL: e quindi che cittadini residenti in ambiti territoriali di altre USL della stessa Regione o in altre Regioni non potessero accedere a prestazioni riabilitative erogate da strutture aventi sede in ambiti territoriali diversi da quello dell'USL di residenza in mancanza di un accordo direttamente concluso fra la stessa USL e quelle strutture⁶⁷.

⁶⁶ L'art. 8-*bis*, d.lgs. n. 502/1992 individua come ambito di applicazione del regime di erogazione comune le prestazioni comprese nei livelli essenziali e le prestazioni sociosanitarie; nel co. 5 dell'art. 8, abrogato, si prevedeva l'introduzione del criterio della remunerazione a prestazione per le prestazioni specialistiche (*ivi comprese quelle riabilitative*).

⁶⁷ Il legislatore pugliese, con il citato art. 3, co. 4, l.r. n. 26/1995, ha stabilito che il pagamento delle prestazioni erogate da centri di riabilitazione extra-regionale, posto «a carico della USL di residenza dell'assistito», «è effettuato dalla USL direttamente al centro erogatore»; ma non è chiaro se tale norma estenda l'efficacia di convenzioni stipulate da USL diverse da quella di residenza dell'assistito con strutture aventi sede fuori dalla Regione di residenza o stabilisca che sono a carico dell'USL di residenza solo le prestazioni erogate da strutture da essa direttamente convenzionate. Il chiarimento sarebbe stato opportuno anche perché dell'avviso che la regola dell'art. 44 u. co. debba ritenersi valida anche per le convenzioni disciplinate dall'art. 26, l. n. 833/1978 si era detta la stessa giurisprudenza amministrativa citata dal TAR per sostenere che quest'ultima disposizione debba tuttora considerarsi principio fondamentale della materia vincolante per la legislazione regionale. Al contrario, il TAR sembra ritenere che l'accordo contrattuale rappresenti il presupposto necessario per la tutela del diritto ad accedere a prestazioni riabilitative erogate da strutture extraregionali: ciò spiega perché sostenga che la disciplina che

Tuttavia vi è ragione di credere che la stessa Corte, proprio perché ha giudicato rilevante e fondata la questione sollevata dal TAR per la violazione dell'art. 32 Cost. sotto il profilo dell'irragionevole limitazione della libertà di scelta del luogo di cura, abbia *implicitamente* ritenuto: a) che l'art. 26, l. n. 833/1978 debba tuttora considerarsi principio fondamentale (speciale) vincolante per i legislatori regionali; b) che in ogni caso l'esistenza di un accordo stipulato con l'ASL di appartenenza dell'assistito sia il presupposto necessario affinché questo possa scegliere quale soggetto erogatore delle prestazioni riabilitative assicurate dal SSN una struttura extraregionale. Sembra che diversamente – qualora la Corte avesse ritenuto di dover assimilare le prestazioni riabilitative alle altre prestazioni sanitarie oppure avesse considerato presupposto sufficiente per la remunerazione delle prestazioni erogate da una struttura ubicata in una Regione diversa da quella dell'assistito un accordo stipulato tra tale struttura e una qualsiasi ASL – essa non sarebbe potuta giungere alla conclusione che la norma regionale comportasse, oltre a una limitazione dell'autonomia delle ASL, anche una limitazione della libertà dei residenti di scegliere una struttura accreditata extraregionale in alternativa a una struttura accreditata regionale. In altri termini: il fatto che la Corte abbia ritenuto che la norma impugnata, in quanto precludeva la possibilità di stipulare accordi per l'erogazione di prestazioni riabilitative domiciliari fra le ASL pugliesi e le strutture accreditate aventi sede in altre Regioni, avesse l'effetto di limitare la libertà di scelta dei pazienti pugliesi sembra indicare che secondo l'opinione della Corte la stipula di un accordo fra una determinata ASL e una determinata struttura accreditata extraregionale sia il presupposto necessario per la remunerazione delle prestazioni riabilitative erogate da tale struttura in favore dei pazienti residenti nell'ambito territoriale della stessa ASL (sicché, in assenza di un simile accordo, quei pazienti non potrebbero fruire di quelle prestazioni se non a proprie spese)⁶⁸.

ne preclude la stipula con tali strutture limiti irragionevolmente la libertà di scelta dei residenti in Puglia e sia perciò lesiva dell'art. 32 Cost.

⁶⁸ Si può inoltre osservare che, se l'accesso a carico del SSN a prestazioni erogate da strutture extraregionali fosse stato possibile anche in assenza di accordi stipulati dall'USL di residenza, i pazienti pugliesi in cura presso le strutture ricorrenti nel giudizio *a quo* non avrebbero avuto interesse ad aderire al ricorso avverso gli atti che imponevano la dismissione dei trattamenti loro erogati, né tali strutture avrebbero avuto interesse a ricorrere. A rigore, il fatto che una ASL, in seguito all'entrata in vigore della disciplina censurata, avesse ritenuto non solo di non poter più stipulare accordi con strutture extraregionali, ma di dover disporre la cessazione dei trattamenti erogati in favore dei pazienti residenti nel suo ambito territoriale (con ciò mostrando di ritenere l'accordo «diretto» il presupposto necessario per la remunerazione delle prestazioni riabilitative), potrebbe essere considerato anche soltanto come la conseguenza di un'errata interpretazione di quella disciplina; così come potrebbe essere considerata errata l'interpretazione datane dal TAR. Tuttavia è verosimile che, se la Corte fosse stata di quest'avviso, non avrebbe pronunciato una sentenza di accoglimento ma si sarebbe limitata a indicare un'interpretazione

7. Il giudizio sulla ragionevolezza della limitazione della libertà di scelta a prescindere dai confini territoriali

Si è visto che nella sentenza n. 236/2012 la Corte costituzionale giudica la limitazione della libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale introdotta dal legislatore pugliese irragionevole perché ritiene che nel caso di specie non sussistano «sufficienti ragioni di pregio costituzionale» in grado di giustificarla: essa esclude esplicitamente che il «sacrificio» di tale «diritto» – non assoluto e tuttavia «protetto dall’art. 32 Cost.» – sia in concreto reso necessario dall’esigenza di tutelare «altri beni di rango costituzionale» e in particolare dall’esigenza di preservare «un’efficiente ed efficace organizzazione del sistema sanitario». In definitiva, la norma impugnata viene considerata irragionevole perché il suo fondamento non può essere identificato nelle «ragioni di contenimento della spesa pubblica e di razionalizzazione del sistema sanitario» che secondo la giurisprudenza costituzionale consolidata sono idonee a giustificare la limitazione della libertà di scegliere fra erogatori pubblici e privati e che nella decisione sono riconosciute del pari idonee, qualora effettivamente sussistano, a giustificare la limitazione della libertà di scegliere un erogatore avente sede in una Regione diversa da quella di residenza. Le argomentazioni in base alle quali la Corte esclude che la norma potesse avere per fine il contenimento della spesa pubblica appaiono sufficientemente articolate e convincenti (si rileva che la limitazione introdotta, «impedendo la stipula di accordi con strutture extraregionali, non ottiene necessariamente un risparmio della spesa; anzi potrebbe tradursi persino in una diseconomia, nel caso in cui le tariffe praticate dai presidi sanitari di altre Regioni siano inferiori»). Mentre si deve ritenere che la finalità di razionalizzare il sistema sanitario risultasse contraddetta dalla «rigidità del divieto», tale da non consentire alle singole ASL «di valutare caso per caso tutti gli elementi rilevanti ai fini della determinazione a stipulare un accordo contrattuale con presidi privati, intraregionali o extraregionali», compresi quelli ulteriori rispetto alle «condizioni economiche offerte dai singoli operatori sanitari».

Nonostante la perentorietà del giudizio espresso nella decisione occorre chiedersi se gli argomenti in essa utilizzati siano sufficienti a escludere che la limitazione della libertà di scelta determinata dalla disciplina impugnata corrispondesse ad esigenze idonee a farla ritenere ragionevole o se, al contrario, qualora la Corte costituzionale avesse attribuito maggiore rilievo al fatto che la limitazione incideva specificamente sulla facoltà di scegliere il soggetto erogatore delle prestazioni

alternativa, conforme a Costituzione: precisando che la norma avrebbe dovuto essere interpretata come non preclusiva dell’accesso alle prestazioni erogate da strutture extraregionali accreditate legate al SSN da un accordo stipulato con un’ASL diversa da quella dell’assistito.

sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza, essa avrebbe potuto riconoscere alla sua base un peculiare fondamento di ragionevolezza. L'interrogativo non perde importanza per il fatto che, nell'ipotesi in cui la Corte avesse riconosciuto l'esistenza di una ragione idonea a giustificare sotto il profilo della ragionevolezza la limitazione della libertà di scelta introdotta dal legislatore regionale, il dispositivo della sentenza non sarebbe mutato. Dalla lettura della motivazione si desume che, con ogni probabilità, la normativa impugnata sarebbe comunque stata giudicata illegittima nella parte in cui, impedendo di stipulare con strutture extraregionali accordi contrattuali necessari ad assicurare la «continuità nell'assistenza e nelle cure» per i pazienti affetti da disabilità gravi già presi in carico da tali strutture, comportava un «grave pregiudizio» per tale «profilo del diritto alla salute ugualmente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale»⁶⁹. E soprattutto è certo che, anche ammettendo che la previsione potesse essere considerata ragionevole per la parte restante (quella in cui vietava alle ASL di stipulare con strutture extraregionali accordi non necessari a garantire la continuità dell'assistenza prestata ai pazienti disabili già presi in carico), la Corte sarebbe ugualmente pervenuta a dichiararne l'illegittimità limitatamente alla parola «regionali»: perché – posto che tale normativa concerneva non tutte le prestazioni di riabilitazione, bensì soltanto quelle domiciliari, e che di conseguenza i suoi effetti restrittivi avrebbero colpito soltanto i pazienti bisognosi di questo particolare tipo di assistenza riabilitativa (prevalentemente disabili gravi, non in grado di spostarsi per fruire di prestazioni in ambulatorio) – essa sarebbe ugualmente stata giudicata lesiva dell'art. 3 Cost. in relazione al principio di uguaglianza⁷⁰; nonché contrastante con un obbligo internazionale vincolante per il legislatore e pertanto lesiva dell'art. 117, co. 1 Cost.⁷¹. Tuttavia ciò non esclude che, qualora fosse possibile individuare specifici interessi o esigenze suscettibili di giustificare una limitazione della libertà di scelta del luogo di cura in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza (ulteriori rispetto a quelli riconosciuti idonei a giustificare la limitazione della libertà di scelta fra soggetti erogatori pubblici e privati), in altri casi la conseguenza potrebbe essere il rigetto della questione di legittimità costituzionale sollevata nei

⁶⁹ Cfr. sentt. nn. 19/2009 e 158/2007, richiamate nel Considerato n. 4.3, nonché la precedente n. 233/2005.

⁷⁰ I pazienti meno gravi («in grado di raggiungere le strutture riabilitative che prediligono, per ottenere prestazioni in ambulatorio») conservavano invece «intatta la loro facoltà di avvalersi di centri di cura esterni al territorio regionale»: cfr. Considerato 4.3.

⁷¹ La Corte giudica la previsione contrastante con la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 (sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007 e ratificata con l. n. 18 del 3 marzo 2009) che in più punti afferma l'impegno degli Stati a garantire condizioni di uguaglianza per tali soggetti: cfr. ancora Considerato 4.3.

confronti della normativa regionale o statale che avesse disposto una simile limitazione: si pensi all'ipotesi di una norma regionale che, vietando alle ASL di sottoscrivere accordi contrattuali con strutture extraregionali per l'erogazione, in qualsiasi forma, di prestazioni riabilitative, restringesse allo stesso modo la libertà di scelta di tutti i pazienti bisognosi di prestazioni riabilitative (disabili e non); o ancora all'eventualità di futuri giudizi relativi a discipline restrittive della libertà di accedere a strutture ubicate in Regioni diverse da quella di residenza per prestazioni di altro tipo. Pertanto, l'interrogativo principale a cui si cercherà rispondere di seguito è se siano individuabili principi e interessi – ulteriori rispetto a quelli individuati nella giurisprudenza costituzionale – che possano giustificare una disciplina regionale comportante, per i residenti nella Regione in cui tale disciplina trova applicazione, una restrizione della libertà di accedere a cure erogate per conto del SSN da operatori aventi sede in altre Regioni: nel caso particolare esaminato dalla sentenza n. 236/2012, riguardante una disciplina riferita alle prestazioni riabilitative; e in generale, quando vengano in considerazione discipline limitative riferite ad altre tipologie di prestazioni o indistintamente a tutte le tipologie. Si prenderanno le mosse dall'esame dell'unico caso, assai particolare, deciso finora dalla Corte costituzionale, per chiedersi se questa non potesse riconoscere ragioni giustificative della restrizione della «libertà di scelta» introdotta dalla disciplina impugnata; con tuttavia l'obiettivo ulteriore, già indicato, di sviluppare un più ampio ragionamento che consenta di individuare un modello di giudizio suscettibile di applicazione tendenzialmente generalizzata per i futuri giudizi nei quali la Corte debba sindacare la ragionevolezza di discipline mediante le quali una Regione intenda limitare, in danno dei residenti nel proprio territorio, la libertà di accedere alle prestazioni erogate per conto del SSN da operatori aventi sede in altre Regioni.

8. Un tentativo di valutare criticamente il giudizio formulato nella sentenza n. 236/2012 e di individuare uno schema alternativo applicabile nei futuri giudizi su discipline regionali limitative del diritto dei residenti alla libera scelta dell'erogatore in tutto il territorio nazionale, impostato a partire dalle suggestioni provenienti dalla giurisprudenza europea in materia di «libera circolazione dei pazienti» e dalle indicazioni fornite dagli studi sulla mobilità sanitaria interregionale

Con riferimento al caso oggetto della sentenza n. 236/2012, si deve rilevare che la *ratio* della scelta di dare priorità alle strutture private accreditate regionali nella stipula degli accordi contrattuali per l'erogazione delle prestazioni riabilitative domiciliari non assicurate dalle strutture pubbliche, al punto da impedire ai direttori delle ASL regionali di sottoscrivere accordi con

strutture private accreditate extraregionali e conseguentemente comprimere la libertà di scelta dei residenti, non era stata esplicitata dal legislatore regionale, e che la Corte non si è preoccupata di ricostruirla, ma si è limitata a negarne la rilevanza ai fini del giudizio di ragionevolezza. Se è lecito supporre che il legislatore pugliese avesse inteso favorire le strutture regionali anche in considerazione delle prevedibili ricadute positive in termini economici e occupazionali che il loro maggiore utilizzo avrebbe comportato per la Regione, è però anche evidente che una simile finalità non potrebbe di per sé essere considerata rilevante al fine di giustificare la limitazione del diritto alla libertà di cura dei residenti. La difesa regionale, nelle deduzioni allegate all'atto di costituzione nel giudizio di legittimità costituzionale, aveva cercato di individuare una *ratio* più «spendibile», sostenendo che attraverso la norma impugnata la Regione avrebbe assolto al compito di formulare i programmi di attività delle strutture sanitarie accreditate (rientrando nella sua competenza legislativa concorrente in materia di «tutela della salute»⁷² così come la facoltà di determinare i «requisiti ulteriori» necessari per ottenere l'accreditamento e la disciplina del relativo procedimento⁷³); e che la scelta legislativa non sarebbe stata irragionevole, perché, a differenza della disciplina previgente, quella impugnata, «preferendo le strutture insistenti nel territorio pugliese», avrebbe consentito alla Regione di effettuare «un controllo sui requisiti per l'assistenza svolta da strutture private»⁷⁴. La Corte dà sinteticamente atto di queste ragioni nella parte in fatto della motivazione, ma le ignora completamente nella parte in diritto e, tenuto conto di ciò che qui afferma, è evidente che non le ha ritenute sufficienti. Nondimeno è lecito domandarsi se una loro più attenta considerazione, alla luce dell'evoluzione del quadro normativo in materia di erogazione delle prestazioni sanitarie, non potesse produrre un esito diverso.

Per cercare di rispondere occorre ricordare che, secondo i principi fondamentali della legislazione statale vigente, ogni Regione rilascia dietro richiesta l'accreditamento alle strutture presenti sul proprio territorio che siano state già autorizzate all'esercizio delle attività sanitarie e come tali risultino in possesso dei requisiti minimi strutturali tecnologici e organizzativi, dopo aver verificato che tali strutture possiedano gli appositi «requisiti ulteriori di qualificazione» da essa definiti e dopo averne valutato la funzionalità rispetto agli indirizzi della programmazione regionale. Normalmente, per l'erogazione delle prestazioni specialistiche, ospedaliere e

⁷² Cfr. art. 8-*quinquies*, co. 1 lett. b), d.lgs. n. 502/1992, come modificato dal d.lgs. n. 229/1999, per cui alle Regioni spetta definire l'ambito di applicazione degli accordi contrattuali e individuare i soggetti interessati, in particolare con riferimento agli «indirizzi per la formulazione dei programmi di attività delle strutture interessate, attraverso l'indicazione delle attività da potenziare e da depotenziare, secondo le linee della programmazione regionale e nel rispetto delle priorità indicate dal Piano sanitario nazionale».

⁷³ Cfr. art. 8-*quater*, co. 2 d.lgs. n. 502/1992, come modificato dal d.lgs. n. 229/1999.

⁷⁴ Cfr. ritenuto in fatto, 2.1.

sociosanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza definiti dal legislatore statale, le ASL stipulano accordi contrattuali con le strutture accreditate presenti nei rispettivi ambiti territoriali⁷⁵: strutture che la Regione delle stesse ASL ha riconosciuto in possesso dei requisiti di qualificazione da essa stabiliti e valutato funzionali ai propri indirizzi di programmazione. L'applicazione dello schema descritto nell'art. 26 l. n. 833/1978 (riprodotto nella disciplina pugliese in materia di prestazioni riabilitative domiciliari vigente prima di quella impugnata) consente invece che le ASL di una Regione decidano di stipulare accordi anche con strutture insistenti nel territorio di altre Regioni, accreditate da queste ultime previa verifica del possesso di requisiti non necessariamente corrispondenti a quelli definiti dalla Regione dell'ASL contraente e previa valutazione della funzionalità rispetto ai propri indirizzi di programmazione. Si può perciò giungere alla conclusione che la norma impugnata, precludendo la possibilità di stipulare accordi fra le ASL della Regione Puglia e le strutture private accreditate ubicate in altre Regioni, fosse diretta a garantire che le prestazioni riabilitative domiciliari necessarie a soddisfare il fabbisogno di assistenza dei residenti fossero in ogni caso erogate da strutture accreditate dalla stessa Regione, come tali in possesso dei «requisiti ulteriori di qualificazione» da questa definiti e valutate funzionali agli indirizzi della programmazione regionale. In altri termini, la modifica legislativa avrebbe avuto la finalità di assicurare la corrispondenza dei soggetti erogatori ai requisiti di accreditamento individuati dalla Regione a garanzia della qualità dell'assistenza prestata ai pazienti pugliesi e agli indirizzi di programmazione regionale: questa esigenza avrebbe giustificato il *favor* espresso per le strutture private accreditate regionali a scapito di quelle extraregionali e la conseguente limitazione della libertà di scelta. Inoltre il divieto di stipulare accordi con strutture extraregionali, comportando l'incremento del numero dei pazienti presi in carico dalle strutture private accreditate regionali, avrebbe assicurato il maggiore utilizzo di queste ultime e, di conseguenza, la continuità della loro presenza e attività nel territorio regionale: che, secondo la logica riconoscibile alla base della previsione, sarebbe stata anch'essa un fine da perseguire, in quanto avrebbe rappresentato la condizione necessaria per garantire a tutti i residenti bisognosi di prestazioni riabilitative domiciliari un'assistenza di livello corrispondente agli standard qualitativi e organizzativi definiti dal legislatore regionale. In questo senso la nuova norma della Regione Puglia avrebbe potuto essere considerata come l'espressione di una programmazione finalizzata innanzitutto a garantire nel territorio regionale un'offerta sufficiente per tutti i residenti di assistenza riabilitativa domiciliare di qualità corrispondente agli standard

⁷⁵ Cfr. art. 8-quinquies, co. 2, lett. b).

definiti dalla Regione stessa, e quindi, in questa prospettiva, ad assicurare la stabile presenza di strutture private accreditate in grado di integrare adeguatamente, sia dal punto di vista quantitativo sia dal punto di vista qualitativo, l'attività svolta dalle strutture pubbliche. Sembra interessante osservare che finalità non dissimili da quelle sopra individuate, riconoscibili alla base della disciplina regionale impugnata nel caso oggetto della sent. n. 236/2012 e in generale alla base di una qualsiasi disciplina regionale restrittiva della libertà di scelta dell'operatore sanitario in tutto il territorio nazionale da parte dei residenti nel territorio regionale – assicurare la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità nel proprio territorio; e garantire, in ogni caso, la qualità e la sicurezza dell'assistenza sanitaria prestata ai propri residenti – rientrano fra le ragioni che, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia e secondo la recente direttiva «concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera» (direttiva 2011/24/UE)⁷⁶, sono idonee a giustificare discipline di uno Stato membro comportanti restrizioni della c.d. «libera circolazione dei pazienti» all'interno dell'Unione europea.

Nell'ordinamento dell'UE, la libertà dei residenti in uno Stato membro di accedere alle cure prestate da un operatore sanitario stabilito in un altro Stato membro – con assunzione dei relativi costi da parte del servizio sanitario nazionale o dell'ente previdenziale al quale il paziente è iscritto, analogamente a quanto avverrebbe se le cure fossero prestate nello Stato membro di residenza⁷⁷ – costituisce la conseguenza dell'applicabilità al settore delle attività mediche delle disposizioni dei Trattati che sanciscono il principio della libera prestazione dei servizi⁷⁸, in conformità a quanto la Corte di Giustizia ha affermato fin dalla sentenza Kohll, nel 1998⁷⁹. Come la stessa Corte ha sottolineato, la libertà di prestazione dei servizi non è tuttavia un principio assoluto, poiché una disciplina nazionale che ne comporti la limitazione può risultare oggettivamente giustificata da motivi imperativi di interesse generale rilevanti secondo i Trattati, nei quali è previsto che deroghe possano essere ammesse, in particolare, per ragioni di sanità

⁷⁶ Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9.3.2011, pubblicata in GUUE L 88 del 4.3.2011, pp. 45 ss. La direttiva è entrata in vigore il 24.4.2011 e il termine ultimo previsto per il recepimento negli Stati membri era il 25.10.2013; nell'ordinamento italiano esso ha avuto luogo mediante il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 38.

⁷⁷ O, detto altrimenti, la libertà delle persone assicurate contro il rischio di malattia in uno Stato membro di scegliere di farsi curare da un operatore sanitario avente sede in un altro Stato membro, implicante il diritto di ottenere dalla propria assicurazione – normalmente, il servizio sanitario nazionale dello Stato membro di residenza – il pagamento o il rimborso delle prestazioni.

⁷⁸ Il divieto di restrizioni alla libera prestazione di servizi all'interno dell'UE è enunciato dall' art. 56 TFUE (ex art. 49 TCE).

⁷⁹ Sentenza Kohll, 28 aprile 1998 (C-158/96).

pubblica⁸⁰. Fra le esigenze imperative che possono giustificare una disciplina nazionale che comporti ostacoli alla libera prestazione di servizi medici (e in particolare subordini l'assunzione dei costi delle cure al rilascio di un'autorizzazione preventiva da parte dell'ente previdenziale dell'assicurato), la Corte di giustizia ha individuato in primo luogo la necessità di evitare il rischio di una grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale e l'obiettivo di mantenere nel territorio nazionale un servizio medico-ospedaliero equilibrato e accessibile a tutti gli iscritti, che contribuisca alla realizzazione di un livello elevato di tutela della salute⁸¹. Riguardo all'esigenza di garantire la qualità dell'assistenza medica prestata ai propri residenti in altri Stati membri, la Corte ne ha riconosciuto la rilevanza, pur precisando che, nel caso di prestazioni fornite da semplici professionisti, una simile esigenza non può essere invocata per giustificare discipline nazionali restrittive, in considerazione del fatto che i requisiti di accesso alle attività di medico e di dentista e per il loro esercizio sono stati oggetto di numerose direttive di coordinamento o di armonizzazione⁸². Muovendo da queste basi, nella successiva sentenza *Smits e Peerboms*, la Corte ha ribadito che, per stabilire se una disciplina nazionale restrittiva della libertà di accedere alle cure prestate da un operatore situato in uno Stato membro diverso da quello di residenza sia compatibile con il principio della libera prestazione dei servizi, occorre innanzitutto verificare che la restrizione possa effettivamente giustificarsi con riguardo alle esigenze imperative già individuate e in aggiunta assicurarsi che essa non ecceda quanto oggettivamente necessario a tale scopo, ovvero che lo stesso risultato non possa essere ottenuto tramite provvedimenti meno incisivi, in conformità a un canone di proporzionalità⁸³. Inoltre, con riferimento alle attività ospedaliere, ha riconosciuto che in ciascuno Stato membro si pone l'esigenza di una programmazione, finalizzata sia ad assicurare la possibilità di un accesso sufficiente e permanente di una gamma equilibrata di cure di qualità sia a controllare i costi ed evitare, per quanto possibile, lo spreco di risorse finanziarie, tecniche ed umane: in quest'ambito, le esigenze imperative che possono giustificare deroghe alla libertà di prestazione dei servizi (e quindi limitazioni alla libertà di ricorrere alle cure prestate da una struttura situata in un altro Stato membro) sono perciò state identificate nella necessità di conservare sul territorio nazionale un'offerta sufficiente, equilibrata e permanente di cure ospedaliere e nella necessità di assicurare

⁸⁰ Cfr. artt. 52 e 62 TFUE (ex artt. 46 e 55 TCE), nonché sent. Kohll, cit., punto 45.

⁸¹ Cfr. sent. Kohll, cit., punti 50 e 51.

⁸² Cfr. sent. Kohll, cit., punti 47-49.

⁸³ Cfr. sentenza *Smits e Peerboms*, 12 luglio 2001 (C-157/99), punto 75.

la stabilità finanziaria del sistema dell'assicurazione malattia⁸⁴. I principi sanciti in queste due fondamentali decisioni sono stato riaffermati e infine recepiti nella direttiva 2011/24/UE, contenente «norme volte ad agevolare l'accesso ad un'assistenza transfrontaliera sicura e di qualità»⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. sent. Smits e Peerboms, cit., punti 76-79. Coerentemente la Corte ha affermato che una normativa nazionale che subordini l'assunzione degli oneri finanziari delle cure ospedaliere prestate in un altro Stato membro al rilascio di una previa autorizzazione da parte dell'ente previdenziale dell'assicurato prevede una misura che in linea di principio deve considerarsi necessaria e ragionevole: perché, se gli assicurati potessero liberamente fare ricorso a istituti ospedalieri non convenzionati con il sistema nazionale di previdenza sociale, tutti gli sforzi di programmazione finalizzati al raggiungimento degli obiettivi coincidenti con le indicate esigenze imperative sarebbero compromessi. La stessa decisione ha però precisato che, affinché la previsione dell'autorizzazione possa ritenersi in concreto compatibile con le norme sulla libera prestazione dei servizi, è necessario che le condizioni poste per il suo rilascio siano a loro volta giustificate con riguardo alle stesse esigenze imperative e soddisfino il requisito di proporzionalità. Ha quindi stabilito che la normativa di uno Stato membro che subordini il rilascio dell'autorizzazione alla duplice condizione che il trattamento prestato possa essere considerato usuale negli ambiti professionali interessati (perché in tal caso beneficerebbe di copertura se fosse prestato nel territorio nazionale) e necessario per l'assicurato, può ritenersi giustificata solo qualora: a) il requisito relativo al carattere usuale del trattamento sia interpretato in modo tale che l'autorizzazione non possa essere rifiutata quando risulti che il trattamento è sufficientemente comprovato e consolidato dalla scienza medica internazionale (in modo che la decisione circa il rilascio sia fondata su criteri di carattere oggettivo, che prescindano dal luogo di stabilimento dei prestatori di cure); b) l'autorizzazione possa essere rifiutata per mancanza di necessità medica solo quando risulti che un trattamento identico o che presenti lo stesso grado di efficacia possa essere tempestivamente ottenuto presso un istituto che abbia concluso una convenzione con la cassa malattia dell'assicurato (perché consentire la libera circolazione dei pazienti residenti - flussi in uscita - quando trattamenti ugualmente efficaci possano essere tempestivamente ottenuti presso una struttura convenzionata con il sistema sanitario nazionale significherebbe vanificare ogni sforzo di programmazione nazionale: cfr. punto 106). In applicazione del criterio di proporzionalità, una volta acquisito il fatto che cure coperte dal sistema nazionale di assicurazione malattia non potranno venir prestate da un istituto convenzionato non si può ammettere che sia data la precedenza a istituti ospedalieri nazionali con cui la cassa malattia non ha concluso una convenzione a scapito degli istituti ospedalieri situati in altri Stati membri: ciò eccederebbe quanto necessario ai fini di assicurare la tutela delle esigenze imperative (cfr. punto 107).

⁸⁵ Cfr. art. 1 della direttiva. L'atto stabilisce che, in linea di principio, lo Stato membro in cui il paziente è assicurato per il rischio di malattia debba garantire che i costi sostenuti per l'assistenza transfrontaliera siano rimborsati «se l'assistenza in questione è compresa tra le prestazioni cui la persona assicurata ha diritto» nello stesso Stato membro (art. 7.1) e non possa subordinare il rimborso ad autorizzazione preventiva (art. 7.8). Tuttavia è previsto che, «per motivi imperativi di interesse generale» («esigenze di pianificazione») riguardanti l'obiettivo di assicurare nel proprio territorio «la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità» e la «volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse tecniche ed umane», gli Stati possano limitare l'applicazione delle norme sul rimborso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera fornita ai propri residenti (art. 7.9) e prevedere un sistema di autorizzazione preventiva (art. 8.1); con la precisazione che, in entrambe le ipotesi, la disciplina nazionale deve essere limitata «a quanto necessario e proporzionato all'obiettivo da raggiungere e non può costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei pazienti». La direttiva attribuisce rilievo anche all'esigenza di garantire la qualità e la sicurezza dell'assistenza prestata dagli operatori stabiliti in altri Stati membri, dove prevede che gravi e specifiche preoccupazioni al riguardo possano giustificare sia la previsione dell'autorizzazione sia il suo rifiuto nel caso concreto. L'autorizzazione può essere prevista solo per l'assistenza per la quale sussistano le indicate «esigenze di pianificazione»: l'assistenza che comporti il

Appare evidente che a livello continentale, analogamente a quanto avviene in ambito nazionale, si pone il problema del contemperamento fra la libertà del singolo di scegliere il soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie indipendentemente dal luogo di residenza (Stato membro in un caso, Regione nell'altro) e contrapposti interessi riconosciuti meritevoli di tutela dall'ordinamento, che ne giustificano la limitazione. Le «esigenze imperative» individuate dalla Corte di giustizia – nonché nella direttiva UE sull'assistenza transfrontaliera – e gli «interessi costituzionalmente protetti» individuati dalla Corte costituzionale italiana che nei rispettivi ordinamenti costituiscono ragioni idonee a giustificare restrizioni della libertà di scelta del singolo risultano in parte sovrapponibili: entrambe le Corti affermano che nel settore della sanità esiste l'esigenza di una programmazione, finalizzata a garantire la stabilità finanziaria del servizio sanitario e la sua razionale organizzazione, ovvero il mantenimento di un servizio in grado di assicurare un elevato livello di tutela della salute per tutti gli utenti. In aggiunta, nella giurisprudenza della Corte europea e nel diritto positivo dell'UE si dà rilievo all'esigenza di conservare nel territorio di ciascuno Stato membro un'offerta permanente, sufficiente ed equilibrata di prestazioni di qualità accessibili per tutti e alla preoccupazione di garantire la qualità e la sicurezza dell'assistenza prestata da operatori stabiliti in altri Stati membri. Ricapitolando: la Corte italiana, nella sentenza n. 236/2012, chiamata per la prima volta a sindacare la legittimità costituzionale della normativa di una Regione avente l'effetto di limitare la libertà dei residenti di scegliere il soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale, da un lato ha affermato che gli stessi interessi che, secondo la sua giurisprudenza consolidata, sono in grado di giustificare la limitazione della libertà di scelta fra soggetti erogatori pubblici e privati devono ritenersi idonei a giustificare anche una limitazione della libertà di scelta sotto tale distinto profilo; dall'altro lato ha escluso, nel caso di specie, la sussistenza di tali interessi e più in generale l'esistenza di sufficienti ragioni di rilievo costituzionale in grado di giustificare la restrizione che era stata introdotta dal legislatore regionale. Tuttavia, proprio la natura peculiare della questione esaminata – il fatto che

ricovero del paziente o l'utilizzo di un'infrastruttura sanitaria o di apparecchiature mediche specializzate e costose; richieda cure comportanti un rischio particolare per il paziente o la popolazione; o sia prestata da un operatore che potrebbe suscitare gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla sua qualità e sicurezza, ad eccezione dell'assistenza sanitaria soggetta alla normativa dell'UE che garantisce livelli minimi di sicurezza e di qualità in tutta l'UE. Può essere rifiutata quando si possa prevedere con ragionevole certezza che l'assistenza transfrontaliera comporterà un rischio non accettabile (in rapporto al potenziale beneficio, in base ad una valutazione clinica) per la sicurezza del paziente o notevoli pericoli per la sicurezza pubblica; quando tale assistenza sia prestata da un operatore che susciti gravi e specifiche preoccupazioni quanto al rispetto degli standard relativi alla qualità dell'assistenza e alla sicurezza del paziente (stabiliti da disposizioni legislative o regolamentari o attraverso sistemi di accreditamento istituiti dallo Stato di cura); quando l'assistenza può essere prestata sul territorio dello Stato membro entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico (art. 8.6).

oggetto del giudizio fosse una normativa regionale comportante una limitazione della libertà dei residenti di accedere all'assistenza prestata da strutture sanitarie situate in altre Regioni – e l'assenza di precedenti nella giurisprudenza costituzionale inducono a ipotizzare che la Corte potesse individuare ulteriori e peculiari esigenze in grado di costituire un fondamento di ragionevolezza per la disciplina regionale impugnata e più in generale per discipline regionali comportanti la limitazione di tale profilo della «libertà di scelta del luogo di cura». A questo scopo si può ipotizzare ancora che un utile riferimento potesse – e possa, per il futuro, negli eventuali giudizi che dovessero riguardare discipline regionali restrittive della libertà di scelta dell'operatore sanitario in tutto il territorio nazionale – essere rinvenuto nella giurisprudenza europea in materia di «libera circolazione dei pazienti». Tanto più che alla base di una disciplina regionale restrittiva della libertà dei residenti di accedere all'assistenza prestata da operatori aventi sede in altre Regioni possono riconoscersi finalità analoghe a quelle che nel diritto dell'UE sono considerate idonee a giustificare discipline nazionali comportanti una limitazione della libertà dei residenti di accedere alle cure prestate da un operatore stabilito in un altro Stato membro. Ci si deve pertanto chiedere, in definitiva, se ragioni quali la preoccupazione di garantire la qualità e la sicurezza dell'assistenza sanitaria prestata ai propri residenti e l'esigenza di assicurare la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità nel proprio territorio possano giustificare anche, in particolare, la limitazione della libertà di scelta introdotta dal legislatore pugliese e giudicata irragionevole dalla sentenza n. 236/2012 e, in generale, una disciplina regionale restrittiva della libertà di scelta dell'erogatore in tutto il territorio nazionale. Per rispondere risulta necessario tenere conto non solo dei principi della legislazione sanitaria statale relativi al sistema di erogazione delle prestazioni nell'ambito del SSN, ma altresì, in specie per quanto riguarda la seconda fra le supposte esigenze giustificative di limitazioni della «libertà di scelta» sopra indicate, della natura e delle implicazioni del fenomeno della mobilità sanitaria interregionale.

9) (segue) Può la limitazione della libertà di accedere alle cure erogate da soggetti extraregionali essere giustificata dall'esigenza di garantire la qualità e la sicurezza dell'assistenza o dall'esigenza di conservare nel territorio regionale un'offerta completa e sufficiente di prestazioni sanitarie di elevata qualità?

Con riguardo all'esigenza di garantire la qualità e la sicurezza delle cure prestate ai residenti, sembra corretto affermare che, mentre nell'ambito dell'UE, in mancanza di una normativa che garantisca requisiti minimi uniformi per l'esercizio delle attività sanitarie, non è da escludersi che

uno Stato membro abbia motivo di nutrire gravi preoccupazioni quanto all'assistenza sanitaria prestata da un operatore stabilito in un altro Stato membro, in ambito nazionale le preoccupazioni che una Regione può nutrire con riferimento all'assistenza prestata da un operatore avente sede in un'altra Regione e da questa accreditato risultano, in linea di principio, meno fondate. E vero che ciascuna Regione determina in piena autonomia i requisiti di qualificazione che gli operatori ubicati nel suo territorio devono possedere allo scopo di ottenere l'accreditamento ed erogare prestazioni a carico del SSN⁸⁶. Tuttavia, nonostante la diversità dei requisiti «ulteriori» di accreditamento definiti a livello regionale, l'uniformità di base della qualità dell'assistenza prestata nel territorio nazionale è garantita dalla definizione a livello statale dei requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi che operatori e strutture devono possedere per poter ottenere, prima dell'accreditamento, l'autorizzazione all'esercizio delle attività sanitarie⁸⁷. Attraverso la fissazione di tali requisiti minimi sono infatti individuati i «livelli essenziali di qualità e sicurezza che debbono essere soddisfatti da tutte le strutture che intendono

⁸⁶ Poiché l'atto statale di indirizzo e coordinamento che secondo il d.lgs. n. 229/1999 avrebbe dovuto indicare criteri generali uniformi per l'esercizio di tale competenza regionale non è mai stato adottato, né può più essere adottato in seguito all'entrata in vigore della l. cost. n. 3/2001: cfr. *supra*, par. 2.

⁸⁷ Nonostante secondo alcuni, in seguito all'entrata in vigore della l. cost. n. 3/2001, anche la determinazione dei requisiti di autorizzazione debba ritenersi competenza regionale (cfr. G. CILIONE, *Diritto sanitario*, cit., p. 248, nonché il *Libro bianco sui principi fondamentali del servizio sanitario nazionale*, redatto nel 2008 dal Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche «V. Bachelet» dell'Università Luiss per conto del Ministero della Salute, in *www.salute.gov.it*: p. 82), di diverso avviso sembra essere la Corte costituzionale. Nella sent. n. 387/2007, dopo aver precisato che «l'esistenza del diritto di libera scelta [fra strutture pubbliche e private, principio fondamentale sancito dalla legislazione statale] si deve accompagnare, a tutela dell'utente, ad una disciplina generale, uniforme in tutto il territorio nazionale, destinata a rendere possibile la verifica degli standard di qualificazione delle strutture, mediante la fissazione di requisiti minimi affinché esse stesse siano autorizzate e accreditate», essa ha infatti escluso che fossero lesive del riparto fra legislazione statale e regionale delineato nell'art. 117, co. 3 Cost. alcune norme statali (disposizioni del decreto legge n. 272/2005, come convertito in legge dalla l. n. 49/2006, modificative del d.P.R. n. 309/1990) che introducevano il principio della libertà di scelta dell'utente tra le strutture pubbliche e private operanti nel settore della prevenzione cura e riabilitazione delle tossicodipendenze; fissavano appositi requisiti minimi di autorizzazione «di carattere generale [...] miranti alla garanzia di uno standard qualitativo minimo delle strutture, allo scopo di assicurare prestazioni adeguate ed uniformi su tutto il territorio nazionale anche da parte delle strutture private autorizzate»; stabilivano che le Regioni fissassero i requisiti ulteriori di accreditamento; infine prevedevano che le strutture operanti nel settore, una volta autorizzate e accreditate, dovessero stipulare accordi contrattuali per lo svolgimento di attività di prevenzione, cura e riabilitazione dei tossicodipendenti. La Corte ha rilevato come attraverso tale disciplina fosse stato «riprodotto, con riferimento al settore delle prestazioni sanitarie in favore dei soggetti tossicodipendenti, il sistema di rapporti delineato in generale per tutte le prestazioni sanitarie dal d.lgs. n. 502 del 1992, fondato sulla fissazione in sede nazionale dei requisiti minimi delle strutture e sulla competenza regionale a stabilire gli ulteriori requisiti necessari per l'accreditamento ed a stipulare gli accordi contrattuali, senza i quali gli oneri delle prestazioni non possono essere posti a carico del Servizio sanitario nazionale»: sembra corretto desumerne la conferma della persistente validità di tale sistema.

effettuare prestazioni sanitarie»⁸⁸, ivi comprese le strutture operanti nel settore dell'assistenza riabilitativa ambulatoriale e domiciliare⁸⁹. Vi è in aggiunta da rilevare, con riferimento al caso esaminato nella sentenza n. 236/2012, come proprio lo specifico regime di erogazione previsto per le prestazioni riabilitative dall'art. 26, l. n. 833/1978, sebbene non consenta a una Regione di verificare direttamente se le strutture ubicate nel territorio di altre Regioni siano in possesso degli specifici requisiti di accreditamento da essa stabiliti, renda possibile un controllo, sia pure indiretto, sulla qualità dell'assistenza prestata da tali strutture: poiché subordina la facoltà degli assistiti di scegliere una determinata struttura extraregionale alla sottoscrizione di un accordo fra la stessa struttura e l'ASL in cui essi risiedono, permette alle ASL di confrontare preventivamente i requisiti di accreditamento stabiliti dalla Regione in cui è ubicata la struttura con i requisiti stabiliti dalla propria Regione. Un controllo di questo tipo non può essere effettuato sulle strutture extraregionali che erogano altre tipologie di prestazioni, dal momento che, secondo il principio sancito dall'art. 8-bis, co. 2 del d.lgs. n. 502/1992, ciascun paziente, ferma restando l'esigenza di una prescrizione medica, è libero di scegliere il luogo di cura nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti accordi contrattuali in tutto il territorio nazionale: fatta eccezione per il caso delle prestazioni riabilitative, la scelta di un soggetto accreditato da una Regione diversa da quella di residenza non è subordinata alla previa sottoscrizione di un accordo fra la ASL del paziente e tale soggetto, ma è sufficiente che quest'ultimo abbia sottoscritto un accordo con la ASL (o Regione) nel cui territorio ha sede. Inoltre non si deve trascurare che in generale, qualunque sia il tipo di prestazione erogata, una verifica sui requisiti funzionali a garantire la qualità e la sicurezza dell'assistenza prestata è sempre effettuata, prima e dopo l'accreditamento, dalla Regione in cui la struttura o il professionista hanno sede, e che evidentemente il legislatore statale ha considerato tale verifica una sufficiente garanzia per i pazienti, compresi quelli residenti in altre Regioni. Tutto ciò induce a ritenere l'argomento utilizzato dalla difesa regionale per giustificare il *favor* espresso dal legislatore pugliese nei

⁸⁸ Cfr. sent. n. 260/2012, considerato n. 3.1, dove si ribadisce quanto già affermato nelle sentt. nn. 150 e 245/2010.

⁸⁹ Il DPR 14 gennaio 1997 (atto di indirizzo recante l'indicazione dei requisiti per l'esercizio delle attività sanitarie, in attuazione dell'art. 8, co. 4, d.lgs. n. 502/1992) prevede requisiti minimi generali (che devono essere posseduti da tutte le strutture che intendano esercitare attività sanitarie) e minimi specifici (che devono essere posseduti da quelle che intendano svolgere una particolare tipologia di attività sanitaria). L'atto non indica requisiti per strutture specializzate nell'assistenza riabilitativa domiciliare, ma definisce quelli che devono essere posseduti dai «centri ambulatoriali di riabilitazione», che offrono un trattamento globale sull'handicap ed erogano prestazioni anche a domicilio: fra tali requisiti figura quello per cui «le prestazioni ambulatoriali sono erogate in forma individuale o a piccoli gruppi anche a domicilio e in sede extramurale»; quasi tutti gli altri requisiti elencati sono con evidenza previsti a garanzia della qualità dell'assistenza anche quando questa sia erogata presso il domicilio del paziente.

confronti delle strutture private accreditate regionali e la conseguente limitazione della libertà di scelta dei residenti – l'impossibilità per la Regione di effettuare un controllo sui requisiti per l'assistenza prestata da strutture private accreditate da altre Regioni – non persuasivo.

Più articolato è il discorso da farsi con riguardo all'altra ragione in ipotesi atta a giustificare discipline regionali restrittive della libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale, ovvero l'esigenza di proteggere e salvaguardare il servizio sanitario regionale e la sua capacità di fornire un'assistenza completa e di alta qualità ai residenti. Per giungere a una risposta soddisfacente circa l'effettiva idoneità di tale esigenza a costituire il fondamento legittimante di simili discipline appare indispensabile considerare il fenomeno della mobilità sanitaria interregionale e le sue implicazioni sul funzionamento dei singoli servizi sanitari regionali. Se un'uniformità di base dell'assistenza prestata nel territorio nazionale è garantita sul piano delle regole, ciò non esclude che sul piano fattuale possano registrarsi differenze qualitative anche rilevanti fra i servizi offerti dalle strutture operanti nelle diverse Regioni: proprio tali differenze inducono numerosi pazienti a scegliere di fruire delle prestazioni assicurate dal SSN presso strutture ubicate in Regioni diverse da quelle di residenza, allo scopo di accedere ad un'assistenza migliore, e sono pertanto una delle cause della mobilità sanitaria interregionale. Gli studi sulle dinamiche di tale fenomeno dimostrano tuttavia come esso sia alimentato da una molteplicità di cause: in particolare – anche in assenza di apprezzabili differenze della qualità assistenziale – esiste una significativa mobilità fra Regioni confinanti, determinata da fattori quali la dislocazione territoriale delle strutture (per alcuni pazienti può essere più economicamente conveniente o comunque più semplice raggiungere strutture extraregionali) o la lunghezza dei tempi di attesa nella Regione di residenza⁹⁰. In generale, qualunque ne sia la causa, per una Regione la migrazione di residenti verso strutture sanitarie ubicate in altre Regioni (o comunque la scelta di tali pazienti di ricorrere all'assistenza prestata da operatori aventi sede in altre Regioni e da queste accreditati, anche qualora tale assistenza sia di tipo domiciliare e quindi avvenga nel territorio regionale, come nel caso delle prestazioni a cui si riferiva la disciplina oggetto del giudizio conclusosi con la sentenza n. 236/2012) rappresenta, sotto più punti di vista, un fenomeno da contrastare. In particolare, sia perché dal punto di vista finanziario tale mobilità (c.d. passiva) rappresenta una voce di debito, sia perché essa comporta l'impoverimento del sistema di offerta: le Regioni con saldi di mobilità negativi sono infatti tenute a compensare i

⁹⁰ Cfr., con riferimento alla situazione italiana, gli studi raccolti in «*La mobilità sanitaria*» (*Quaderno di Monitor* n. 9), supplemento al n. 29/2012 di *Monitor*, rivista dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali.

costi dell'assistenza erogata in favore dei residenti da strutture extraregionali⁹¹, destinando a questo scopo risorse che altrimenti sarebbero utilizzate per remunerare l'attività di strutture regionali. Al contrario gli operatori hanno interesse ad attrarre utenti provenienti da Regioni diverse da quella in cui hanno sede, perché le prestazioni erogate in favore di questi non rilevano ai fini del raggiungimento dei volumi massimi definiti negli accordi contrattuali stipulati con l'ASL o la Regione di competenza: ciò dà luogo a comportamenti «aggressivi» da parte delle strutture (specie quelle private), che tendono ad aumentare la produzione destinata ai residenti in altre Regioni allo scopo di accrescere la remunerazione percepita dal SSN⁹².

Appare condivisibile la posizione di chi sostiene che, per ridurre i costi finanziari della mobilità ed evitare l'indebolimento della rete locale di offerta – la sottoutilizzazione e la conseguente perdita di efficienza⁹³ delle strutture pubbliche e private accreditate presenti nel proprio territorio, valutate funzionali agli indirizzi di programmazione autonomamente definiti – le Regioni che

⁹¹ La compensazione della mobilità sanitaria interregionale è stata regolata in origine da note del Ministero della Salute (del 23 marzo 1994, 9 maggio 1996, 28 gennaio 1997); quindi, a partire dal 2001, da un documento approvato annualmente dalla Conferenza dei presidenti delle Regioni («Testo unico» e, più recentemente, «Accordo interregionale per la compensazione della mobilità sanitaria», reperibile in www.regioni.it). Tali atti sono funzionali ad attuare la previsione dell'art. 12, co. 3, lett. b), d.lgs. n. 502/1992, secondo cui la quota di finanziamento pro-capite da assegnare alle Regioni in sede di ripartizione del Fondo sanitario nazionale è determinata tenendo conto (oltre che della popolazione residente e della consistenza e dello stato di conservazione di strutture, impianti tecnologici e dotazioni strumentali) della «mobilità sanitaria per tipologie di prestazioni, da compensare sulla base di contabilità analitiche per singolo caso fornite dalle unità sanitarie locali e dalle aziende ospedaliere attraverso le Regioni». Un ulteriore fondamento è rappresentato dall'art. 8-*sexies*, co. 8, d.lgs. n. 502/1992, introdotto dal d.lgs. n. 229/1999, secondo cui il Ministro della Sanità, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni, definisce con decreto i «criteri generali per la compensazione dell'assistenza prestata a cittadini in Regioni diverse da quella di residenza», nell'ambito dei quali «le Regioni possono stabilire specifiche intese e concordare politiche tariffarie, anche al fine di favorire il pieno utilizzo delle strutture e l'autosufficienza di ciascuna Regione nonché l'impiego efficiente delle strutture che esercitino funzioni a valenza interregionale e nazionale». Il d.lgs. n. 68/2011, che in attuazione della l. n. 42/2009 ha posto le premesse per il graduale passaggio, dal 2013, al nuovo sistema di finanziamento della spesa sanitaria fondato sui costi standard, ha stabilito che in sede di determinazione di tali costi il livello della spesa nelle tre macroaree dell'assistenza collettiva, distrettuale e ospedaliera «è computato al lordo della mobilità passiva e al netto della mobilità attiva extraregionale» (art. 27, co. 6); inoltre ha precisato che in sede di prima applicazione restano valide le disposizioni già vigenti in materia di riparto delle somme destinate al finanziamento della mobilità sanitaria (art. 30).

⁹² Cfr. G. ZUCCATELLI, *La mobilità sanitaria: un fenomeno da governare*, in *La mobilità sanitaria*, cit., 4 ss. (p. 5).

⁹³ G. FATTORE, *La mobilità sanitaria nel breve e nel lungo periodo*, in *La mobilità sanitaria*, cit., pp. 24 ss., evidenzia che «le strutture che accolgono pazienti da altre regioni riducono generalmente i costi per unità prodotta, mentre quelle che perdono pazienti hanno costi unitari maggiori perché hanno minori volumi per assorbire i costi fissi» (quelli relativi a immobili, attrezzature, personale, che non variano significativamente al variare dei volumi di attività), con la conseguenza che, «per le strutture con capacità produttiva non adeguatamente utilizzata, la perdita di efficienza dovuta alla mobilità può essere molto rilevante».

perdono un elevato numero di pazienti attratti da strutture situate in altre Regioni dovrebbero reagire innanzitutto con politiche dirette a potenziare la qualità dell'assistenza, così da accrescere la fiducia dei residenti nelle strutture regionali ed orientare la loro libera scelta verso di esse⁹⁴, o comunque dirette a riorganizzare l'offerta in maniera tale da renderla più accessibile ed attrattiva, tenendo conto delle cause che concretamente inducano i residenti a preferire le strutture extraregionali⁹⁵. Poiché un'elevata migrazione di pazienti verso strutture ubicate in altre Regioni costituisce la conseguenza dell'inadeguatezza dell'offerta rispetto alle esigenze della popolazione residente, è logico concludere che il contenimento del fenomeno e dei suoi effetti negativi sul funzionamento del servizio sanitario regionale debbano essere conseguiti mediante un'azione di riqualificazione o riprogrammazione che assicuri un migliore soddisfacimento di tali esigenze: in quest'ottica, il riconoscimento da parte del legislatore statale della libertà di scelta del soggetto erogatore in tutto il territorio nazionale – presupposto della mobilità – può essere considerato anche come uno stimolo al miglioramento dell'offerta sanitaria da parte di ciascuna Regione⁹⁶.

Non sembra, invece, che la soluzione ottimale possa essere quella di impedire o sottoporre a condizioni restrittive l'accesso dei residenti all'assistenza prestata da strutture extraregionali: non soltanto perché «imprigionare» i residenti all'interno dei confini regionali significherebbe ignorarne i bisogni costringendoli a pagare il prezzo di una gestione inadeguata del servizio sanitario regionale e far venir meno un incentivo allo sviluppo di politiche di riqualificazione dell'offerta sanitaria, ma anche perché ciò contrasterebbe con un'imprescindibile esigenza di equità, ovvero con uno dei principi fondamentali ai quali secondo il d.lgs. n. 502/1992 deve ispirarsi il funzionamento del SSN, in attuazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. Infatti, è senz'altro vero che la riduzione della mobilità – almeno quando questa sia motivata dall'insufficiente qualità dell'assistenza offerta nella Regione di residenza – può essere considerata come un obiettivo da perseguire anche per ragioni di equità: sia dal punto di vista geografico, perché non vi è uguaglianza nel godimento del diritto alla salute fra chi può fruire di servizi adeguati nella propria Regione e chi deve spostarsi in una Regione lontana ed affrontare

⁹⁴ In questo senso v. ancora G. FATTORE, *La mobilità sanitaria*, cit., p. 26.

⁹⁵ In questo senso cfr. F. MOIRANO, *La mobilità sanitaria nel quadro della regionalizzazione della rete ospedaliera*, in *La mobilità sanitaria*, cit., 7 ss (p. 8).

⁹⁶ Va da sé che l'efficacia di tale incentivo presuppone che l'elettorato regionale sia sufficientemente informato e «maturo», pertanto in grado di riconoscere le responsabilità degli organi di governo della Regione e sanzionare al momento del voto scelte politiche carenti e inadeguate, così da indurre tali organi a una virtuosa «autocorrezione»; o, in alternativa e come *extrema ratio*, che lo Stato, allo scopo di assicurare l'uniformità nella fruizione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, co. 2, lett. m) Cost., possa intervenire per imporre la correzione (mediante l'esercizio del potere sostitutivo previsto dall'art. 120, co. 2, Cost.).

conseguenti disagi per accedere ad un'assistenza soddisfacente; sia dal punto di vista socio-economico, perché non tutti gli utenti possono spostarsi al di fuori della propria Regione per fruire di un'assistenza di qualità migliore con la stessa facilità, bensì tendono a farlo soprattutto quelli di condizione medio-alta, i quali hanno maggiori capacità di acquisire e gestire informazioni e sono in grado di farsi carico delle spese necessarie per raggiungere il luogo di cura, da soli o con accompagnatori⁹⁷. Tuttavia, a ben vedere, la diminuzione forzata della mobilità – la sua riduzione conseguita attraverso la limitazione della libertà di scelta anziché attraverso la riqualificazione e riprogrammazione dell'offerta – non potrebbe assicurare un reale miglioramento neanche sotto l'aspetto dell'equità. Al contrario, fintantoché un'offerta di qualità adeguata non sia garantita in tutte le Regioni, la possibilità di accedere ad un'assistenza migliore presso le strutture di una Regione diversa da quella di residenza corrisponde all'esigenza di garantire l'uguaglianza fra tutti gli utenti del SSN. In altri termini, il diritto alla libertà di scelta del luogo di cura in tutto il territorio nazionale sancito dal d.lgs. n. 502/1992 è una particolare declinazione della libertà di cura che trova il proprio fondamento costituzionale non soltanto nell'art. 32 Cost. (al pari del diritto di scegliere fra soggetti erogatori pubblici e privati), ma anche nell'art. 3 Cost., in quanto garantisce la possibilità di accedere ai migliori servizi sanitari disponibili anche ai residenti in aree del Paese in cui la qualità dell'assistenza è inferiore⁹⁸.

In realtà, anche in condizioni ideali di funzionamento di tutti i servizi sanitari regionali, la mobilità dei pazienti all'interno del territorio nazionale non dovrebbe essere vista come un fenomeno esclusivamente negativo. Ad essa può essere attribuita una funzione positiva – anche a prescindere dalla prospettiva della garanzia della libertà di scelta dei singoli pazienti – in particolare dal punto di vista del funzionamento complessivo del SSN e dei singoli servizi sanitari regionali che lo compongono: poiché, almeno per il ricorso a particolari tipologie di prestazioni e soprattutto se inserita in una cornice di programmazione condivisa e di cooperazione, essa può risultare funzionale ad un migliore uso delle risorse complessivamente disponibili. Occorre infatti considerare, in primo luogo, che vi è anche una mobilità «naturale» valutabile positivamente, dipendente dal fatto che le reti assistenziali possono avere dimensioni efficienti che superano quelle di una Regione: ciò vale in particolare per quel che riguarda l'erogazione delle prestazioni di maggiore complessità da parte di centri altamente specializzati, i quali per definizione hanno

⁹⁷ Cfr. G. FATTORE, *La mobilità sanitaria*, cit., p. 25.

⁹⁸ In questo senso cfr. A. PITINO, *La mobilità sanitaria*, cit., p. 363.

una vocazione interregionale o nazionale⁹⁹. Più in generale si può dubitare che vi sia la reale necessità di conservare, nel territorio di ciascuna Regione, una rete di offerta in grado di soddisfare, completamente e per tutte le tipologie di prestazioni, la domanda interna di assistenza: in specie se si è dell'avviso che l'obiettivo di mantenere un SSN che garantisca in maniera efficiente prestazioni di qualità per tutti gli iscritti, qualunque sia la Regione in cui risiedono, non richiede la completa autosufficienza dei singoli servizi sanitari regionali, ma piuttosto lo sviluppo di forme di collaborazione fra le Regioni, particolarmente fra quelle confinanti che possono stipulare accordi bilaterali finalizzati a un più efficace governo della domanda di assistenza espressa dalle rispettive popolazioni e a un più efficiente uso delle risorse nell'interesse comune. In altri termini, sembra che l'eccessiva separatezza fra i servizi sanitari regionali che complessivamente costituiscono il SSN risulterebbe controproducente rispetto all'esigenza di mantenere un sistema equo ed accessibile che garantisca prestazioni di qualità per tutti gli utenti, che può essere meglio soddisfatta attraverso la parziale integrazione fra i sistemi locali di offerta¹⁰⁰.

Il governo della mobilità sanitaria, in ragione della dimensione interregionale del fenomeno, richiede una visione d'insieme, che può essere assicurata soltanto dalla cooperazione fra Stato e Regioni. Se per quel che riguarda la disciplina e la programmazione relative alla dislocazione e all'utilizzo delle strutture a vocazione interregionale o a rilevanza nazionale non è da escludersi che lo Stato possa esercitare direttamente funzioni rilevanti in virtù dell'applicazione del principio di sussidiarietà nella sua dinamica ascendente¹⁰¹, è certo che lo stesso Stato può svolgere una funzione di coordinamento secondo modalità compatibili con il ruolo riconosciuto alle autonomie territoriali dal vigente Titolo V della seconda Parte della Costituzione: come di fatto accade, segnatamente per mezzo della sottoscrizione di accordi con le Regioni diretti

⁹⁹ P. SCIATTELLA e F. SPANDONARO, *Mobilità dei ricoveri: elementi di complessità e incentivi alle politiche sanitarie*, in *La mobilità sanitaria*, cit., 84 ss.

¹⁰⁰ Integrazione che, più della frammentazione e della separatezza, corrisponde alla logica di un SSN nel quale i servizi regionali operano per garantire l'erogazione di prestazioni comprese nei livelli essenziali di assistenza definiti dal legislatore statale e nella cornice dei principi fondamentali in materia di tutela della salute (elementi unificanti che mancano nella dimensione europea).

¹⁰¹ Indicazioni in tal senso sono desumibili da Corte cost., sent. n. 270/2005, la quale, proprio in considerazione dell'esigenza di assicurare una simile «visione d'insieme» o «unitaria» (in specie, sul piano della ricerca scientifica), ha fatto salve alcune previsioni legislative statali contenute nel d.lgs. n. 288/2003 che avevano attribuito al Ministro della Salute funzioni amministrative in materia di Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, qualificati dal medesimo d.lgs. come «enti a rilevanza nazionale»: ivi compresa la determinazione dell'«organizzazione a rete» degli Irccs «dedicati a particolari discipline» (nonostante la stessa decisione avesse ricondotto tali Istituti agli ambiti di competenza concorrente «tutela della salute» e «ricerca scientifica»).

all'individuazione di obiettivi comuni e alla definizione delle strategie mediante i quali conseguirli, inclusa fra queste la promozione di accordi orizzontali, fra le Regioni. In particolare l'impiego di strumenti di programmazione congiunta quali gli accordi di confine è stato individuato come soluzione privilegiata a cui ricorrere per orientare in maniera razionale i flussi della mobilità interregionale nelle più recenti versioni del Patto per la salute, l'intesa di natura finanziaria e programmatica, di durata triennale, che nell'ultimo decennio è stata ripetutamente sottoscritta fra Stato e Regioni e ha assunto un'importanza fondamentale per garantire l'unitarietà del SSN. Tali accordi possono «favorire collaborazioni interregionali per attività la cui scala ottimale di organizzazione possa risultare superiore all'ambito territoriale regionale»¹⁰²; mentre, per quanto riguarda il governo della domanda, essi dovrebbero rispettare la libertà di scelta degli utenti, ma al contempo scoraggiare la mobilità per il ricorso a prestazioni di complessità medio-bassa (che, spesso non giustificata dall'inadeguatezza dell'offerta locale, «può far aumentare i costi senza modificare la qualità dell'assistenza»¹⁰³), individuando tetti massimi oltre i quali non sia assicurata la remunerazione delle strutture extraregionali¹⁰⁴. Scoraggiare la mobilità per il ricorso a prestazioni di medio-bassa complessità (e per converso garantire un'adeguata remunerazione di quelle di alta complessità, specie se erogate da centri specializzati a valenza nazionale) è anche il fondamentale principio a cui nell'ultimo decennio sono stati ispirati i documenti approvati annualmente dalla Conferenza delle Regioni con la finalità di disciplinare la compensazione interregionale della mobilità sanitaria, come è dimostrato dalle regole concordate per la remunerazione delle prestazioni di ricovero erogate in Regioni diverse da quella di residenza¹⁰⁵.

¹⁰²È questa la via individuata dalle ultime due versioni del Patto per la salute: quello per il 2010-2012, che, nella prospettiva del «conseguimento del livello di appropriatezza nella erogazione e nella organizzazione dei servizi di assistenza sanitaria e specialistica», insisteva sulla necessità che le Regioni provvedessero all'individuazione di «adeguati strumenti di governo della domanda tramite accordi tra Regioni confinanti per disciplinare la mobilità sanitaria» con la finalità indicata sopra nel testo e con quella ulteriore di «evitare fenomeni distorsivi indotti da differenze tariffarie e da differenti gradi di applicazione delle indicazioni di appropriatezza definite a livello nazionale (art. 19); e quello per il 2014-2016, che ha reso «obbligatori», dalla data della sua stipula (10 luglio 2014) tali «accordi bilaterali fra le Regioni per il governo della mobilità sanitaria interregionale»(art. 9).

¹⁰³ Cfr. F. MOIRANO, *La mobilità sanitaria*, cit., p. 8.

¹⁰⁴ In questo senso cfr. G. ZUCCATELLI, *La mobilità sanitaria: un fenomeno*, cit., p. 6, secondo cui gli accordi di confine «dovrebbero orientare i flussi e calmarli», prevedendo l'assenza di tetti per le prestazioni di alta complessità, tetti lentamente decrescenti per quelle di media complessità e in forte decremento per quelle di bassa complessità.

¹⁰⁵ Cfr. P. DI LORETO, *Il governo della mobilità nell'ultimo decennio*, in *La mobilità sanitaria*, cit., pp. 56 ss. Dal 2003 è previsto che i ricoveri effettuati in regime di mobilità siano remunerati dalla Regione di residenza del paziente alla Regione che eroga la prestazione in base alla «tariffa unica convenzionale» (TUC), un corrispettivo unico nazionale valido per tutte le Regioni, che si basa sulle tariffe per l'assistenza ospedaliera fissate dal d.m. 30 giugno 1997 (vale a dire sulle tariffe corrispondenti alla remunerazione massima che

10. Conclusioni: un possibile modello di bilanciamento

E ora possibile tirare le fila del complesso ragionamento svolto, con la finalità di cercare di individuare uno schema di giudizio applicabile in futuri giudizi relativi a discipline regionali restrittive della libertà di scelta dell'operatore sanitario in tutto il territorio nazionale da parte dei residenti nel territorio regionale.

Nella sentenza n. 236/2012, pronunciata all'esito dell'unico giudizio in cui la Corte costituzionale ha esaminato una disciplina di questo tipo, essa ha affermato il principio per cui una norma che comporti la limitazione della «libertà di scelta del luogo di cura» (*rectius*: del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie per conto e a carico del SSN) in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza può essere giudicata ragionevole e quindi legittima qualora in concreto una tale limitazione risulti giustificata dalla necessità di preservare contrapposti interessi di rango costituzionale, e più in particolare qualora sussistano le ragioni di contenimento della spesa o di razionalizzazione del sistema sanitario che secondo la sua giurisprudenza consolidata sono idonee a giustificare la limitazione della libertà di scelta fra soggetti erogatori pubblici e privati. Se nel caso di specie la Corte ha ritenuto la limitazione introdotta dal legislatore regionale non giustificata, ciò è dipeso da alcune peculiarità della disciplina impugnata. In primo luogo dal fatto che questa era riferita ad un particolare tipo di prestazioni, quelle riabilitative, per la cui erogazione la legislazione statale prevede un regime specifico – tale per cui la facoltà di scegliere come soggetto erogatore una determinata struttura ubicata in una Regione diversa da quella di residenza ha per presupposto necessario la sottoscrizione di un accordo contrattuale fra la stessa struttura e l'ASL del paziente, la quale provvede direttamente alla remunerazione delle prestazioni erogate entro il tetto massimo individuato nell'accordo. In secondo luogo dal fatto che la limitazione – almeno secondo l'interpretazione che ne è stata data dalla Corte – aveva carattere assoluto: la norma regionale, prevedendo che le ASL pugliesi potessero stipulare accordi per l'erogazione di prestazioni riabilitative domiciliari con (le sole) strutture private accreditate ubicate in «ambiti territoriali regionali», avrebbe introdotto un divieto assoluto di stipulare accordi con strutture private accreditate extraregionali. Di conseguenza la disposizione censurata avrebbe limitato l'autonomia delle ASL regionali con l'effetto certo di precludere ai residenti qualsiasi

può essere corrisposta ai soggetti erogatori, indicate – in conformità a quanto previsto dall'art. 8, co. 6 del d.lgs. n. 502/1992 e poi dall'art. 8-*sexies*, co. 4 dello stesso decreto, introdotto dal d.lgs. n. 229/1999 – con la finalità di orientare la fissazione delle tariffe massime da parte delle singole Regioni). Ai fini della compensazione, le tariffe indicate nel decreto ministeriale sono incrementate del 10% per le prestazioni più complesse e ridotte del 20 o anche del 40% per le prestazioni meno complesse comprese nella lista di quelle ad alto rischio di in appropriatezza in regime di degenza ordinario contenuta nell'allegato 2c al DPCM del 29 novembre del 2001 sui livelli essenziali di assistenza.

possibilità di scegliere una struttura extraregionale ma senza garantire con altrettanta sicurezza né un risparmio di spesa né una razionalizzazione del sistema sanitario: perché, stante l'assolutezza del divieto, le ASL non avrebbero potuto sottoscrivere accordi con strutture extraregionali neanche quando le tariffe in uso in altre Regioni, da impiegare per la remunerazione delle strutture in esse ubicate, fossero risultate in concreto più vantaggiose e neanche quando tali accordi fossero risultati in concreto funzionali ad una più efficace ed efficiente organizzazione del servizio (ad esempio, si può ipotizzare, per la mancanza o scarsità di strutture regionali rispetto al fabbisogno di prestazioni della popolazione residente). Come è stato sottolineato dalla stessa Corte, a determinare l'irragionevolezza della normativa impugnata è (anche) la «rigidità del divieto» in essa contenuto: ovvero – può dirsi – l'evidente mancanza di «proporzionalità» della corrispondente limitazione della libertà di scelta. Ma, a ben vedere, anche nel caso in cui la legge regionale si fosse limitata ad attribuire alle strutture private accreditate regionali una semplice priorità rispetto a quelle extraregionali nella sottoscrizione degli accordi contrattuali – consentendo alle ASL di stipulare accordi con le seconde soltanto qualora ciò fosse stato necessario per ovviare all'insufficienza delle prime rispetto al fabbisogno di prestazioni da soddisfare – la sua ragionevolezza sarebbe stata dubbia. Una simile previsione sarebbe infatti risultata anch'essa carente di proporzionalità e non avrebbe potuto comunque essere giustificata da esigenze di contenimento della spesa e di razionalizzazione del sistema sanitario, in quanto avrebbe imposto alle ASL di preferire le strutture regionali anche nell'eventualità in cui le tariffe di remunerazione applicate in altre Regioni fossero state inferiori a quelle in uso nella Regione e non avrebbe consentito di «valutare caso per caso tutti gli elementi rilevanti ai fini della determinazione a stipulare un accordo contrattuale con presidi privati, intraregionali o extraregionali»¹⁰⁶.

Se per quel che riguarda le prestazioni riabilitative la peculiarità del modello di erogazione previsto dal legislatore statale rende problematico immaginare una normativa regionale restrittiva della libertà di scelta del soggetto erogatore in tutto il territorio nazionale che possa risultare giustificata dall'esigenza di tutelare contrapposti interessi di rango costituzionale, sono però diverse le conclusioni a cui si può giungere con riferimento ad altre tipologie di prestazioni. In base al principio sancito dall'art. 8-*bis*, co. 2, d.lgs. n. 502/1992, la possibilità di fruire di

¹⁰⁶ In altri termini, non diversamente da un rigido divieto di sottoscrivere accordi con strutture extraregionali, l'attribuzione *ex lege* di una priorità alle strutture private accreditate regionali risulterebbe irragionevole perché impedirebbe alle singole ASL di valutare quale soluzione (accordo con struttura regionale o con struttura extraregionale) nella situazione concreta corrisponda meglio a un ragionevole bilanciamento fra libertà di scelta degli utenti e contrapposti interessi costituzionalmente protetti.

prestazioni specialistiche e ospedaliere erogate da strutture – pubbliche o private – ubicate in una Regione diversa da quella di residenza non presuppone che queste abbiano stipulato un accordo con l'ASL del paziente, bensì, ferma restando l'esigenza di una prescrizione medica, il paziente può esercitare liberamente la propria scelta nell'ambito di tutti i soggetti accreditati legati al SSN da accordi contrattuali; inoltre, per tali prestazioni, le strutture extraregionali non sono remunerate direttamente dalla ASL del paziente, ma si applicano le regole di compensazione della mobilità sanitaria concordate fra tutte le Regioni, che comportano, per le prestazioni di ricovero, la remunerazione sulla base di «tariffe uniche convenzionali» uguali in tutto il territorio nazionale. Pertanto, nonostante in generale per una Regione la migrazione di pazienti verso strutture situate in altre Regioni rappresenti una voce di debito e – quando assuma proporzioni tali da causare la sottoutilizzazione delle strutture regionali – comporti la perdita di efficienza e l'indebolimento del sistema di offerta locale, occorre distinguere: mentre per quel che riguarda l'assistenza riabilitativa la mobilità passiva e i suoi effetti negativi sul funzionamento del servizio sanitario regionale possono essere controllati attraverso lo strumento degli accordi contrattuali nei quali è fissato il volume massimo di prestazioni erogabili dalle strutture extraregionali e remunerabili dalle ASL contraenti, altrettanto non può dirsi per quel che riguarda l'assistenza specialistica e ospedaliera, a causa della più ampia libertà di scelta riconosciuta in favore degli utenti dal legislatore statale, non mediata da accordi contrattuali fra l'ASL di appartenenza e le strutture extraregionali. Di conseguenza, stante il principio affermato nella sentenza n. 236/2012, non è possibile escludere l'eventualità che la Corte costituzionale, qualora sia chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una normativa regionale che, al fine di contenere il disavanzo e gli effetti negativi della mobilità passiva sul sistema di offerta locale, limiti la libertà dei residenti di accedere a prestazioni specialistiche e ospedaliere erogate da strutture extraregionali, la giudichi ragionevole, ritenendola oggettivamente giustificata dall'esigenza di preservare «un'efficiente ed efficace organizzazione del sistema sanitario», ovvero dalle stesse ragioni di contenimento della spesa e di razionalizzazione che considera idonee a giustificare una limitazione della libertà di scelta fra erogatori pubblici e privati. Né è da escludere che, in un simile frangente, essa possa giudicare ragionevole la disciplina regionale restrittiva sulla base di un ragionamento analogo a quello sviluppato dalla Corte di giustizia dell'UE nella sua giurisprudenza relativa a discipline nazionali restrittive della libertà di circolazione dei pazienti in ambito europeo: sulla base del rilievo attribuito agli effetti pregiudizievoli della mobilità sanitaria interregionale passiva, resa possibile dalla libertà di scelta, sul mantenimento di un sistema regionale capace di garantire un'offerta completa di prestazioni di alta qualità.

Tuttavia – sull’altro piatto della bilancia – occorre considerare che: la libertà di scelta dell’erogatore in tutto il territorio nazionale, presupposto della mobilità sanitaria interregionale, oltre ad essere, al pari della libertà di scelta fra erogatori pubblici e privati, un principio fondamentale della legislazione statale e una particolare espressione della libertà di cura garantita dall’art. 32 Cost., ha un fondamento costituzionale ulteriore nell’art. 3 Cost., in quanto contribuisce a garantire l’uguaglianza fra gli utenti del SSN nell’accesso alle migliori cure disponibili o comunque a un’assistenza di elevata qualità indipendentemente dal luogo in cui risiedano; appare dubbio che, quando la mobilità sia causata da carenze dell’assistenza offerta nella Regione di residenza, la limitazione della libertà di accedere alle prestazioni erogate da strutture extraregionali possa avere lo scopo di preservare «un’efficiente ed efficace organizzazione del sistema sanitario»; non tutta la mobilità è «cattiva», ma vi è una mobilità «buona» e persino «naturale», quale è in particolare quella che si indirizza verso strutture che erogano prestazioni di alta complessità ed hanno spesso, per definizione, vocazione interregionale o nazionale; più in generale, mentre è comprensibile che la Corte di giustizia dell’UE riconosca nell’esigenza di conservare nel territorio di ciascuno Stato membro un’offerta sufficiente e permanente di prestazioni di elevata qualità per tutti gli utenti, è discutibile che nell’ambito nazionale vi sia la necessità di conservare nel territorio di ciascuna Regione un’offerta altrettanto completa. Il peso complessivo di questi ulteriori rilievi induce a ritenere che, quand’anche, sulla scorta delle affermazioni contenute nella sentenza n. 236/2012 o dello sviluppo di una linea di ragionamento analoga a quella consolidata nella giurisprudenza europea in materia di libera circolazione dei pazienti, si giungesse alla conclusione che una Regione possa legittimamente limitare la libertà dei propri residenti di scegliere l’erogatore in tutto il territorio nazionale con la finalità di contenere il proprio

disavanzo sanitario ed evitare l’indebolimento del sistema di offerta locale, una soluzione di questo tipo dovrebbe rappresentare un’*extrema ratio*. Ovvero, una soluzione a cui le Regioni dovrebbero fare ricorso soltanto quando soluzioni meno drastiche (quali una seria azione di riqualificazione del sistema di offerta o i c.d. «accordi di confine») si dimostrassero insufficienti. In ogni caso – a pena della sua irragionevolezza per difetto di proporzionalità – la limitazione non dovrebbe mai consistere in un divieto assoluto di accedere alle prestazioni erogate da strutture accreditate extraregionali, ma potrebbe, eventualmente, assumere la forma di un’autorizzazione preventiva, il cui rilascio da parte dell’amministrazione (ASL o Regione) dovrebbe essere subordinato all’impossibilità di erogare la prestazione attraverso strutture accreditate regionali entro un termine appropriato dal punto di vista clinico (secondo il modello della non più vigente

disciplina in materia di assistenza indiretta e quello desumibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia). Infine, tenendo conto delle indicazioni fornite dagli studi sul fenomeno della mobilità sanitaria, dalla legislazione statale e dalle intese fra le Regioni e fra queste e lo Stato (accordi sulla compensazione della mobilità interregionale, «Patto per la salute»), si può ipotizzare che, anche nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale relativi a discipline regionali restrittive della libertà di scelta dell'erogatore in tutto il territorio nazionale, possa essere attribuito rilievo alla distinzione fra prestazioni di alta complessità e prestazioni di bassa complessità: per cui, in linea di principio, mentre potrebbe essere considerata giustificata e ragionevole (corrispondente a esigenze di razionalizzazione) la limitazione della mobilità sanitaria, e quindi della libertà di scelta, per la fruizione delle seconde, all'opposto dovrebbe essere giudicata irragionevole la limitazione della mobilità per la fruizione delle prime¹⁰⁷.

¹⁰⁷ La Regione Campania, soggetta a piano di rientro dal disavanzo sanitario, con la legge finanziaria regionale per il 2012 ha attribuito al Commissario *ad acta* nominato dal Governo per l'attuazione dei programmi operativi in prosecuzione del piano il potere di «individua[re] con propri provvedimenti le prestazioni o gruppi di prestazioni per i quali deve essere acquisita l'autorizzazione, da parte dell'azienda sanitaria locale competente, alla fruizione presso le strutture o i professionisti accreditati, anche di altre Regioni» e stabilito che «le prestazioni rese in assenza dell'autorizzazione non sono remunerabili ai soggetti erogatori e non sono riconoscibili in sede di compensazione della mobilità sanitaria tra le Regioni alle quali è data preventiva comunicazione dei provvedimenti adottati» (art. 44, co. 5 e 6, l.r. n. 1/2012; la finalità di «copertura del disavanzo sanitario» è dichiarata nella rubrica dell'articolo). In attuazione della previsione, il Commissario ha individuato con proprio decreto (n. 156 del 31.12.2012) alcune prestazioni di ricovero e disposto che in via sperimentale, con decorrenza dal 2013, al fine di poterne chiedere l'erogazione nelle Regioni confinanti, «il paziente deve aver preventivamente acquisito dalla propria ASL l'autorizzazione alla fruizione presso strutture o professionisti accreditati da altre Regioni. Nel decreto si specifica che l'ASL di competenza rilascerà l'autorizzazione «in tutti i casi in cui, per motivi organizzativi, o per la presenza di eccessive liste di attesa, in relazione all'urgenza della prestazione, o in mancanza di idonea offerta assistenziale nell'ASL stessa o in altre ASL campane, o per altre motivazioni, risulti che l'erogazione in mobilità sanitaria extraregionale della prestazione sanitaria richiesta risulti essere la modalità più idonea per soddisfare il bisogno assistenziale del paziente». Vi si precisa altresì che le prestazioni soggette ad autorizzazione sono state individuate a partire dall'analisi dei flussi della mobilità sanitaria interregionale e che si tratta di prestazioni di bassa complessità (rientranti fra quelle «ad alto rischio di in appropriatezza in regime di degenza ordinaria» elencate nell'allegato B al Patto per la salute 2010-2012) per le quali si registra un elevato numero di ricoveri di residenti in strutture ospedaliere ubicate in Regioni confinanti. L'autorizzazione preventiva è stata prevista con la duplice finalità di «evitare la produzione di ricoveri inappropriati» e di «evitare che prestazioni ordinariamente erogabili in Campania siano, viceversa, fruite in altre regioni da pazienti residenti» (avendo valutato che per tali prestazioni «di bassa complessità, l'offerta sanitaria delle strutture regionali è in grado di soddisfare il bisogno assistenziale della popolazione residente, rendendo ingiustificata una forte mobilità in Regioni confinanti» e considerato che il rimborso a tali Regioni per la loro erogazione «contribuisce a determinare il deficit del SSR campano»). Se il decreto ha previsto una limitazione della libertà di scelta che, secondo le conclusioni a cui si è qui giunti, potrebbe essere ritenuta giustificata e proporzionata (in quanto si riferisce a prestazioni di bassa complessità e subordina la concessione dell'autorizzazione all'incapacità di assicurare tali prestazioni attraverso strutture regionali entro un termine appropriato), le perplessità riguardo alla ragionevolezza della legge regionale sono maggiori, poiché questa si riferisce indistintamente a qualsiasi tipo di prestazione e non indica, neanche in maniera generica, quali debbano essere le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione. La legge

(art. 44, co. 4) ha attribuito al Commissario il potere di individuare le prestazioni per le quali deve essere acquisita l'autorizzazione alla fruizione presso le strutture o i professionisti accreditati «anche di altre Regioni» asseritamente «in applicazione» dell'art. 8-*quiquies*, co. 2 lett. *b*), d.lgs. n. 502/1992. Tuttavia la previsione statale – introdotta dal d.l. n. 112/2008 – ha sì attribuito alle Regioni il potere di individuare le prestazioni per le quali deve essere acquisita la preventiva autorizzazione dell'ASL alla fruizione presso le strutture o i professionisti accreditati, ma senza fare riferimento a quelli di altre Regioni: essa ha perciò sicuramente abilitato i legislatori regionali ad introdurre una limitazione della libertà di scelta fra soggetti erogatori pubblici e privati accreditati (che la citata sent. n. 248/2011 ha ritenuto giustificata da esigenze di programmazione), non anche una limitazione della libertà di scelta dell'erogatore in tutto il territorio nazionale.