

Luca Buscema

Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute

SOMMARIO: 1. *Premesse.* – 2. *Potestà amministrativa, discrezionalità, modalità e tecniche di composizione del controverso rapporto tra interesse pubblico e diritti fondamentali.* – 3. *L'effettività del diritto alla salute dalla difesa dell'integrità psicofisica dell'individuo alla pretesa alla somministrazione delle cure: profili sostanziali e di giurisdizione.* – 3.1 *La doppia anima del diritto alla salute tra autodeterminazione del singolo e diritto alla somministrazione delle cure.* – 3.2 *Potestà amministrativa ed organizzazione del servizio sanitario: profili sostanziali e di giurisdizione.* – 3.3 *Potestà amministrativa e giudizio di indispensabilità terapeutica concernente la somministrazione di farmaci ovvero la sottoposizione a pratiche mediche: profili sostanziali e di giurisdizione.* – 4. *Salubrità dell'ambiente e diritto alla salute dei cittadini: profili sostanziali e di giurisdizione.*

1. *Premesse.* – Com'è noto, i diritti fondamentali della persona, così come positivizzati all'interno della Carta Costituzionale, rappresentano un patrimonio assiologico inestimabile perché espressione dell'*idem sentire* di una collettività consapevole dell'intangibilità dei diritti inalienabili dell'uomo da parte del potere sovrano¹ deputato, viceversa, a garantire la loro più ampia tutela e promozione.

I diritti fondamentali costituiscono, cioè, la tavola di proiezione di un ordinamento giuridico, specchio fedele del grado di civiltà maturata all'interno di una data comunità storicamente determinata².

Il tipo e l'intensità delle forme e degli strumenti di salvaguardia dei diritti inalienabili dell'individuo sono direttamente correlati, infatti, al particolare rapporto intercorrente tra due elementi fondanti lo Stato di diritto; è dal binomio autorità/libertà, (*rectius*: dal suo concreto atteggiarsi secondo multiformi tecniche di bilanciamento e commisurazione) che ben può desumersi quale sia l'effettiva consistenza del valore riconosciuto alla persona all'interno di un ordinamento giuridico positivizzato.

Invero, al pari di qualunque norma giuridica, nel quadro di un ordinamento di ispirazione marcatamente democratica, la reale attitudine dei diritti inviolabili dell'individuo³, così come consacrati all'interno di disposizioni formali, a conformare la condotta dei consociati (e dello Stato-Comunità nel suo complesso) si misura attraverso il grado di effettività proprio del precetto all'interno del quale vengono enunciati i diritti di libertà.

Al contempo, però, pur se riconosciuta a livello teorico l'invioleabilità di determinate posizioni giuridiche soggettive, espressione di rilevantissimi interessi umani, il semplice spontaneo rispetto

¹ Invero, secondo PALOMBELLA, *Diritti fondamentali: argomenti per una teoria*, in www.swif.uniba.it/lei/filpol/glp.htm, “i diritti di libertà, verso lo Stato, non sono veramente identificabili anche quali diritti “contro” lo Stato, come invece altrettanto tradizionalmente e quasi universalmente si dice. Ciò per la ragione che essi non sempre comportano solo o essenzialmente obblighi generali di astensione, e che dal punto di vista teleologico non sempre lo Stato è il vero o l'unico antagonista. Anzi, la ragione per istituire poteri pubblici non è certamente quella di imporre loro il rispetto dei nostri diritti di libertà, ma caso mai di proteggere e sostenere questi diritti: il che implica una serie di attività positive”.

² Cfr. D'ALOIA, *Introduzione*, in D'ALOIA, (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, p. XXII

³ “Il riconoscimento dei diritti inviolabili è il frutto del costituzionalismo moderno che ha proceduto alla formulazione di un catalogo di diritti affermando la concezione dell'antioriorità logica e della preesistenza dei diritti fondamentali dell'uomo rispetto a ogni potere costituito. Le costituzioni moderne hanno, in particolare, proceduto a strutturazioni di valori e le libertà, ovvero i diritti, sono stati commisurati e relativizzati rispetto a predeterminati valori pubblici o sociali”. Così MARTINI, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 02, 388.

del precetto da parte della generalità degli individui non appare di per sé solo sufficiente a garantirne reale ed incondizionata tutela.

È compito dello Stato, infatti, in ossequio al contratto sociale idealmente stipulato con i propri cittadini, predisporre misure e tecniche di salvaguardia adeguate la cui attivazione ben possa preservare la consistenza dei valori sottesi ai diritti fondamentali della persona.

Ne deriva una costante tensione tra la naturale ottemperanza alle prescrizioni formalmente dettate e la perimetrazione dei limiti di intervento dello Stato in vista della prevenzione (ovvero della repressione cui si accompagna, se possibile, il ripristino dello *status quo ante*) di possibili fonti di pregiudizio.

Al contempo, però, è compito precipuo del potere sovrano non solo limitarsi a difendere, (staticamente), da potenziali lesioni, posizioni giuridiche soggettive consolidate, bensì attivare, sotto il profilo dinamico, meccanismi di promozione, in positivo, dei diritti fondamentali di modo da contribuire ad arricchirne la consistenza.

Naturalmente, multiforme e cangiante nel tempo appare il sistema di protezione, positivizzato all'interno dell'ordinamento, in ragione della assoluta eterogeneità dei diritti inviolabili dell'individuo che, chiaramente, giammai possono essere racchiusi, in via definitiva, all'interno di un catalogo immodificabile, ma, al contrario, risultano contraddistinti da un naturale processo evolutivo, chiara espressione del particolare percorso culturale, ideologico ed assiologico proprio di una data comunità.

In tal senso, se, in prima battuta, a fronte delle c.d. libertà negative, si assiste ad una mera istanza di astensione dall'ingerenza all'interno della sfera giuridica dell'individuo⁴, riguardo ai diritti c.d. sociali⁵, per contro, si richiede la predisposizione di azioni positive volte ad implementarne il contenuto o, più semplicemente, a renderne effettivo l'esercizio⁶.

⁴ Invero, l'enumerazione, più o meno dettagliata, dei diritti inalienabili dell'individuo all'interno di documenti costituzionali non è di per sé sinonimo di effettività; ed infatti, “*i diritti debbono essere non solo codificati, ma anche convalidati dalla cultura giuridica e politica di un determinato paese*”. Così ROLLA, *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2010, p. 7.

⁵ Per un approfondimento sulla categoria dogmatica dei diritti sociali v. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XI vol., 1989, 1 ss e MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, (voce), in *Enc. Dir.*, XII vol., 1964, 802 ss. Per una disamina sulla correlazione tra diritti sociali e libertà negative v. POGGIO, *Il rapporto tra difesa dei diritti sociali e tutela della libertà di iniziativa economica alla luce di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 04, 1030 ss. Sottolinea PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 02, 896, che “fra le due categorie di diritti esiste [...] un'implicazione reciproca: la garanzia dei diritti di libertà è condizione perché le prestazioni sociali dello Stato possano essere oggetto di diritti individuali; la garanzia dei diritti sociali è condizione per il buon funzionamento della democrazia, quindi per un effettivo godimento delle libertà civili e politiche”. Più propriamente, “le “libertà sociali” (o se si vuole i diritti sociali di libertà o di autonomia) condividono, con le libertà civili ed economiche, la fondamentale caratteristica strutturale di attribuire, ai rispettivi beneficiari, una sfera di agere licere, tale per cui il loro “svolgimento, una volta che siano stat[e] effettivamente garantit[e], dipende innanzitutto da comportamenti o condotte del titolare”. Così GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 2-3, 365.

⁶ “Per negare l'eguale dignità dei diritti di libertà e dei diritti sociali la dottrina si è in genere avvalsa di due argomenti. L'uno faceva capo alla tesi del diverso valore dei principi su cui poggiavano le due categorie dei diritti: mentre la prima si radicava sul principio di libertà, la seconda era fondata su quello di uguaglianza, immediatamente destinato ad essere subordinato e cedevole al primo, in uno Stato liberale di diritto. L'altro argomento si appellava all'origine storico-politica dello Stato di diritto: nato come mero servitore della società, gli sarebbe stato precluso qualunque intervento sul suo funzionamento che potesse interferire con il libero commercio (giuridico) tra gli attori sociali. È proprio questo, invece, sarebbe avvenuto se tra i suoi compiti fosse stata inserita la difesa dei diritti sociali vantati (meglio, reclamati) dai soggetti più deboli”. Così LUCIANI, *Diritto alla Salute – Dir. Cost.* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII vol, 1991, 2. Invero, “diritti fondamentali e diritti sociali, in altri termini, operano su piani differenti: costituzionale, i primi, concorrendo alla determinazione della forma di Stato; amministrativo, i secondi, poiché proprio attraverso «l'amministrazione lo stato sociale ha trovato accesso alla scienza del diritto pubblico»“. Così PRINCIPATO, *I diritti sociali*, cit., 886.

Naturalmente, però, i diritti non possono vivere autonomamente senza un'autorità che li riconosca, moderi, distribuisca e protegga⁷ mediante la predisposizione di adeguati strumenti di tutela e valorizzazione sulla cui certezza il cittadino possa sempre contare.

Orbene, se, da un lato, garantire appunto l'effettività dei diritti fondamentali del cittadino (*rectius*: dell'individuo) costituisce compito precipuo dello Stato-Apparato da soddisfare mediante la diretta predisposizione di rimedi giuridici adeguati allo scopo, (che possano davvero assicurare la fruizione delle prestazioni correlate alle posizioni di libertà positive di volta in volta rilevanti), al contempo, a fronte della possibile inerzia del pubblico potere, chiaramente pregiudizievole di interessi umani contraddistinti da una particolare valenza, è necessario apprestare adeguati strumenti di tutela (giudiziaria) che, in via suppletiva, possano soddisfare pienamente le pretese avanzate dal cittadino.

Quali siano tali strumenti e in che termini possa l'esercizio dello *ius dicere* svolgere una funzione di supplenza a fronte dell'ingiustificata inerzia nell'attuazione del dettato costituzionale da parte sia del Legislatore che del Potere Esecutivo costituisce, invero, un problema ancor oggi non chiaramente risolto e che, pertanto, merita il giusto approfondimento.

2. *Potestà amministrativa, discrezionalità, modalità e tecniche di composizione del controverso rapporto tra interesse pubblico e diritti fondamentali.* – In ossequio al principio di legalità⁸, la P.A. persegue i fini determinati dall'ordinamento mediante la spendita di poteri pubblicistici il cui concreto esercizio ben può incidere, sia in senso ampliativo che, per converso, sacrificativo, sulle posizioni giuridiche soggettive vantate dai privati in vista del perseguimento del pubblico interesse alla cui tutela e promozione l'apparato amministrativo risulta essere istituzionalmente preordinato.

Si suole affermare, cioè, che l'*agere* della P.A. sia teleologicamente orientato nel senso del soddisfacimento del pubblico interesse in ragione della cui salvaguardia l'ordinamento conferisce la titolarità di potestà pubblicistiche e l'attitudine del loro concreto esercizio ad incidere, eventualmente, se necessario, pregiudicandone la consistenza, sugli interessi pubblici (secondari) e/o privati rilevanti in ordine ad una data fattispecie.

I limiti entro cui perimetrare l'azione amministrativa, legalmente statuiti, conformano il concreto esercizio del pubblico potere conferendo, a seconda dei casi, in base ad una scelta di fondo riservata appunto alla legge, un più o meno significativo margine di discrezionalità coniugata, nelle sue diverse accezioni, nei termini di discrezionalità amministrativa c.d. pura, discrezionalità tecnica e discrezionalità c.d. mista⁹.

Orbene, com'è noto, la discrezionalità amministrativa c.d. pura si muove entro un giudizio di natura assiologica che si traduce nella potestà di apprezzamento, commisurazione, contemperamento e bilanciamento dei diversi interessi (pubblici e/o privati) eventualmente compresenti in relazione ad una data fattispecie¹⁰ e capaci di interferire o, comunque, interagire, a vario titolo, con l'interesse pubblico primario direttamente perseguito dalla P.A. agente¹¹.

⁷ In tal senso PRISCO, *Ruolo e prospettive del difensore civico*, in D'ALOIA, (a cura di), *op. cit.*, p. 238.

⁸ Inteso nella sua accezione formale, il principio di legalità esige che l'attribuzione del potere alla pubblica amministrazione trovi il suo fondamento - e quindi il suo limite - in una norma di rango primario la cui violazione comporta l'illegittimità dell'azione amministrativa. "Diversamente interpretato nel suo significato sostanziale, esso richiede che l'intervento del legislatore sia diretto a determinare in concreto i presupposti, le modalità e le condizioni in presenza dei quali possano essere limitati da parte della pubblica autorità i diritti e le libertà dei singoli individui. Il principio di legalità rappresenta, dunque, un limite al potere esecutivo nell'esercizio della sua funzione amministrativa." Così e per un approfondimento v. CASALENA .P.G., *Riserva di legge*, in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica*, Vol. XIII, Milano, 2007, p.610. Sul punto v. anche CARLASSARE L., *Legalità (Principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX Vol., 1990 e FOIS S., *Legalità (Principio di)*, in *Enc. Giur.*, XXIII Vol., 1973, pp. 659 ss.

⁹ Per un'ampia disamina si rinvia a CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Tomo II, Milano, 2005, 1207 ss. e GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 755 ss.

¹⁰ "Nelle controversie in cui si configura una contrapposizione tra due diritti, aventi entrambi copertura costituzionale, e cioè tra valori ugualmente protetti, va applicato il cd. criterio di "gerarchia mobile", dovendo il giudice procedere di volta in volta, ed in considerazione dello specifico "*thema decidendum*", all'individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di un'equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un

In tal contesto, adeguato l'esercizio, in concreto, delle potestà pubblicistiche, di volta in volta conferite dalla legge, ai tradizionali canoni di imparzialità¹², ragionevolezza¹³, proporzionalità¹⁴, precauzione¹⁵, legittimo affidamento¹⁶, buon andamento¹⁷, pubblicità¹⁸, partecipazione¹⁹, responsabilità²⁰, è compito del legislatore perimetrare i confini entro cui poter effettuare quel

interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico". Così Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 05 agosto 20101, n. 18297.

¹¹ "La discrezionalità amministrativa consiste in «una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie». La discrezionalità, dunque, può essere considerata come la ponderazione comparativa tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari, siano essi pubblici, collettivi o privati. È evidente che, in tal modo, la decisione della pubblica amministrazione si attegga ad attività di scelta tra diverse possibili soluzioni, ma sempre tenendo ben presente gli schemi che impongono il perseguimento dell'interesse primario, che è naturalmente in questo caso sempre pubblico". Così CARUSO, *Potere di autotutela, principio di affidamento e discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Giur. Merito*, 2010, 05, 1412.

¹² Cfr., *ex multis*, in materia di appalti, Consiglio Stato, sez. III, 25/08/2011, n. 4809; Consiglio Stato, sez. V, 25 agosto 2011, n. 4806; Consiglio Stato, sez. V, sentenza 05 agosto 2011, n. 4713; Consiglio Stato a. plen., sentenza 28 luglio 2011, n. 13. Per un approfondimento sul rapporto tra imparzialità della P.A. e parità di genere v., poi, T.A.R. Lazio Roma, sez. II, sentenza 25 luglio 2011, n. 6673. Per una casistica concernete l'applicazione del principio di imparzialità in materia di concorsi pubblici v., *ex multis*, T.A.R. Lazio Roma, sez. II, sentenza 06 giugno 2011, n. 5028; Consiglio Stato, sez. V, sentenza 12 maggio 2011, n. 2826; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, sentenza 01 aprile 2011, n. 2881; T.A.R. Campania Napoli, sez. V, sentenza 01 aprile 2011, n. 1907.

¹³ Per un'applicazione concreta del canone di ragionevolezza v., *ex multis*, [Corte costituzionale, 25/07/2011, n. 242](#); [Corte costituzionale, sentenza 22 luglio 2011, n. 232](#); Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 30 giugno 2011, n. 3891; T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, sentenza 16 giugno 2011, n. 626.

¹⁴ "In applicazione del principio di proporzionalità dell'attività amministrativa, le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi sia con atti amministrativi, restrizioni alla libertà del cittadino in misura superiore, vale a dire sproporzionata, rispetto a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare. La proporzionalità e adeguatezza dell'attività amministrativa costituiscono un parametro e una misura della legittimità stessa dell'operato dell'amministrazione. Invero, qualora la p.a., pur agendo nell'ambito astratto dei poteri conferiti, sacrifichi in concreto un interesse del privato in modo eccessivo rispetto all'interesse pubblico perseguito, può essere sanzionata con l'annullamento dell'atto amministrativo stesso". Così T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 24 giugno 2011, n. 399.

¹⁵ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 31 agosto 2010, n. 5145; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, sentenza 23 gennaio 2003, n. 260; Tribunale I grado C.E., sez. II, sentenza 19 novembre 2009; Corte giustizia C.E., sentenza 14 luglio 1998, causa C-248/95; id. 3 dicembre 1998, causa C-67/97, Bluhme; Corte giustizia C.E., sez. IV, sentenza 4 marzo 2010, n. 297; Corte giustizia CE, sez. II, sentenza 22 dicembre 2010, n. 77; T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, sentenza 08 luglio 2010, n. 171.

¹⁶ Cfr., *ex multis*, [Corte costituzionale, sentenza 25 luglio 2011, n. 243](#); T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, sentenza 22 giugno 2011, n. 3297; T.A.R. Puglia Bari, sez. I, sentenza 08 giugno 2011, n. 842; Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 27 aprile 2011, n. 2491; Consiglio Stato, sez. V, sentenza 20 aprile 2011, n. 2446; T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, sentenza 15 febbraio 2011, n. 389.

¹⁷ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio Roma, sez. II, sentenza 25 luglio 2011, n. 6673; T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, sentenza 09 luglio 2011, n. 749; T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, sentenza 07 luglio 2011, n. 387; Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 30 giugno 2011, n. 3902; Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 30 giugno 2011, n. 3882; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, sentenza 20/ giugno 2011, n. 907. Per un approfondimento v., inoltre, IANNUCILLI, DE TURA, *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_212.pdf.

¹⁸ Cfr. *ex multis*, Consiglio Stato, sez. V, sentenza 25 agosto 2011, n. 4806; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, sentenza 01 agosto 2011, n. 6885; Consiglio Stato a. plen., sentenza 28 luglio 2011, n. 13; T.A.R. Liguria Genova, sez. II, sentenza 29 giugno 2011, n. 1024; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, sentenza 03 giugno 2011, n. 5010; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, sentenza 03 giugno 2011, n. 5005.

¹⁹ "Le disposizioni in tema di partecipazione al procedimento risultano dettate per consentire ai destinatari dell'azione amministrativa di rappresentare fatti e argomenti, da valutare per la corretta formazione degli atti autoritativi, nella misura in cui questi ultimi -potendo incidere negativamente su diritti di libertà e interessi dei soggetti amministrati - debbono non solo rispondere al principio di legalità, ma anche offrire le maggiori possibili garanzie di perseguimento dell'interesse pubblico, nel caso concreto, con approfondito bilanciamento di tutti gli interessi concorrenti". Così Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 15 giugno 2009, n. 3807.

²⁰ "Nel rispetto dei principi fondamentali fissati dall'art. 97 Cost., la P.A. è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento, che

giudizio di bilanciamento, tra i diversi interessi in gioco, che costituisce attributo tipico della potestà amministrativa discrezionale.

Così, tradizionalmente, la discrezionalità può investire l'*an* (se adottare o meno un provvedimento amministrativo e, quindi, di conseguenza, concretamente disporre circa il pubblico interesse ad esso sotteso), il *quando* (modulare, cioè, temporalmente l'esercizio del pubblico potere), il *quid* (determinare, in concreto, il contenuto del provvedimento e, quindi, effettuare una scelta in ordine all'effettiva consistenza del pubblico interesse sotteso) e, infine, il *quomodo* (profilo, quest'ultimo, afferente alla procedimentalizzazione dell'esercizio di pubbliche potestà)²¹.

Variamente, a seconda dei casi, (ed in vista di particolari finalità), il Legislatore ben può circoscrivere la discrezionalità entro specifici confini, disponendo, ad esempio, che l'azione amministrativa sia vincolata in ordine all'*an* (al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge, cioè, l'amministrazione è chiamata, di necessità, ad esercitare il potere conferito) ma non anche ad esempio con riferimento al *quid* (potendo, cioè, la P.A. modulare variamente il contenuto dispositivo del provvedimento emanato); specularmente, potrebbe essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento in ordine all'*an* (potendo cioè l'amministrazione di volta in volta soppesare l'opportunità di esercitare o meno un certo potere al ricorrere di determinati presupposti) a cui, però, opporre stretti vincoli in ordine al *quid* (l'amministrazione è, cioè, tendenzialmente libera di esercitare o meno il potere ma laddove si persuada nel senso di far uso delle potestà legalmente conferite non può che conformare il potere esercitato al contenuto *ex lege* imposto).

Più in generale, si osserva, il legislatore è libero, entro i consueti limiti della ragionevolezza e dell'adeguatezza, di modulare l'effettiva consistenza del potere di apprezzamento della P.A., (scelta e selezione, nonché bilanciamento dei diversi interessi in gioco e concrete modalità di disposizione degli stessi), secondo combinazioni eterogenee ma sempre concepite in vista del miglior perseguimento dell'interesse pubblico (principale) la cui tutela costituisce il fine ultimo e la *ratio* giustificatrice sottesa alla potestà conferita²².

È compito dell'interprete, quindi, valutare quale sia, di volta in volta, in ossequio a quanto legalmente statuito, l'effettiva ampiezza del potere attribuito e in che termini, quindi, possa la P.A. concretamente incidere su posizioni giuridiche soggettive vantate dai privati ed aventi diversa consistenza di diritto soggettivo perfetto ovvero di interesse legittimo.

E se, com'è noto, tradizionalmente in passato si riteneva che alla spendita di potestà amministrativa discrezionale corrispondesse una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo, mentre, a fronte di attività vincolata, il privato avrebbe potuto vantare la titolarità di un diritto soggettivo perfetto (con le diverse conseguenze che da tale distinzione si soleva ritrarre, in particolare, in punto di giurisdizione), oggi, secondo una differente opzione ricostruttiva, anche a fronte dell'esercizio di potestà amministrativa vincolata ben può essere postulata, in capo al privato, la titolarità di un mero interesse legittimo. Sinteticamente, cioè, si suole affermare che la natura della posizione giuridica soggettiva vantata dal privato sia condizionata dall'accertamento della natura dell'interesse in vista della cui tutela è apposto da parte dell'ordinamento il limite alla potestà di apprezzamento discrezionale riferibile in capo alla P.A. Se, cioè, il limite appare preordinato, all'esito dell'interpretazione della disciplina di settore, alla tutela dell'interesse privato, da ciò necessariamente consegue la riferibilità di una posizione giuridica soggettiva di diritto soggettivo perfetto; diversamente, laddove il vincolo sia concepito in vista della salvaguardia e/o promozione del pubblico interesse, ciò comporterà, di necessità, la titolarità, in capo al privato, di un mero interesse legittimo.

abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento". Così T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, sentenza 22 giugno 2011, n. 3297.

²¹ Sul punto v. CARUSO, *Potere di autotutela, principio di affidamento*, cit., 1413.

²² Per una disamina delle problematiche afferenti l'esercizio della potestà amministrativa c.d. di II° grado con riferimento ai limiti concernenti la perimetrazione della discrezionalità della P.A. v. D'ANCONA, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3-4, 537 ss.

Va però precisato come, pur se, ontologicamente, diritti soggettivi ed interessi legittimi siano categorie dogmatiche connotate da tratti caratteristici del tutto peculiari, (che postulano, di certo, una differente consistenza assiologica e tecniche di tutela diversificate), ciononostante vanno sempre più attenuandosi i tratti differenziali in passato ritenuti insuperabili, talchè oggi ben può essere evidenziato come la spendita di potere pubblicistico giammai comporta, ineludibilmente, di necessità, un sacrificio dell'interesse privato ma postula, ordinariamente, la ricerca di un bilanciamento il più possibile rispettoso dei diversi interessi compresenti la cui illegittima pretermissione ben può essere efficacemente censurata davanti al G.A. ormai munito, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità, di strumenti processuali sufficienti ed idonei a soddisfare appieno le istanze di tutela introitate mediante la proposizione di ricorso giurisdizionale²³.

Si parla, invece, di discrezionalità tecnica laddove, lungi dal postulare un potere di commisurazione dei diversi interessi in gioco²⁴, all'amministrazione compete una potestà di apprezzamento (concernente elementi rilevanti in relazione alla spendita di pubblici poteri) in base all'applicazione di regole di carattere eminentemente tecnico/scientifico²⁵.

Si suole in tal contesto poi distinguere tra mero accertamento tecnico (accertamento condotto in base a regole tecnico/scientifiche che, se correttamente applicate, non possono che condurre ad un unico risultato) e valutazione tecnica (che, ancorché postula l'applicazione di regole tecniche, non conduce, di necessità, ad un unico risultato, bensì offre una soluzione tendenzialmente opinabile)²⁶.

Invero, parlare di accertamento tecnico ovvero di valutazione tecnica refluisce non tanto e solo ai fini della configurabilità, in capo al privato, di posizioni giuridiche soggettive aventi la consistenza di interessi legittimi ovvero di diritti soggettivi²⁷, bensì assume uno specifico rilievo in ordine ai

²³ Invero, con riferimento all'esercizio della potestà di ordinanza sindacale, il cui contenuto possa incidere su posizioni giuridiche soggettive aventi la consistenza di diritto soggettivi fondamentali, di recente è stato precisato che "l'ordinanza sindacale che stabilisce le modalità di riunione in luogo pubblico, e delle pratiche religiose aperte al pubblico fuori dai luoghi destinati al culto, prevedendo altresì che tutte le riunioni devono essere tenute in lingua italiana, introduce norme che incidono direttamente su diritti soggettivi fondamentali e perfetti (libertà di riunione, libertà religiosa, libertà di manifestazione del pensiero), di talché la controversia sulla loro violazione o meno rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario. Rientra invece nella giurisdizione del g.a. laddove si contesta il cattivo esercizio della funzione amministrativa sotto il rispettivo profilo dell'incompetenza ad assumere il provvedimento che ne è esplicazione e della violazione di norme di relazione: non solo infatti vengono, qui, formalmente dedotti tipici vizi di legittimità dell'atto amministrativo, ma la posizione fatta valere in giudizio dai ricorrenti è quella di chi rivendica il corretto esercizio dell'azione amministrativa, cioè propriamente di interesse legittimo". Così T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, sentenza 15 gennaio 2010, n. 19.

²⁴ "La discrezionalità tecnica, infatti, in quanto importa la valutazione di un fatto o di una situazione alla stregua di regole tecniche e specialistiche, non implica scelte di opportunità amministrativa, in quanto l'amministrazione non opera alcuna comparazione tra interesse primario ed interessi secondari ma è vincolata ad adottare il provvedimento predeterminato nel suo contenuto dalla disciplina di legge, pur se all'esito dell'applicazione di regole che presentano margini di opinabilità". Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

²⁵ "Contrariamente alla discrezionalità amministrativa, la discrezionalità tecnica è l'esame dei fatti o delle situazioni rilevanti per l'azione amministrativa che richiedono il ricorso a cognizioni tecniche di carattere specialistico, di qui l'univocità della soluzione. Pertanto, mentre la discrezionalità amministrativa si estrinseca in un giudizio nel quale vengono raccolti ed analizzati dei fatti, la discrezionalità tecnica si esaurisce nel momento stesso del giudizio, connotato dai profili di tecnicità". Così CARUSO, *Potere di autotutela, principio di affidamento*, cit., 1413.

²⁶ Per un approfondimento v. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 04, 791 ss.

²⁷ "La controversia avente ad oggetto una domanda di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposta in data anteriore al 20 aprile 2005, e quindi disciplinata dagli art. 5, comma 6, e 19 d.lg. n. 286 del 1998 e dall'art. 28, lett. d, d.P.R. n. 394 del 1999, è devoluta alla giurisdizione del g.o., in quanto la situazione giuridica soggettiva dello straniero ha natura di diritto soggettivo, che va annoverato tra i diritti umani fondamentali che godono della protezione apprestata dall'art. 2 cost. e dall'art. 3 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, e non può essere degradato ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidato solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservato esclusivamente al legislatore". Così Corte di Cassazione, sez. un., 09 settembre 2009, n. 19393. Nello stesso senso v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, sentenza 04 febbraio 2011, n. 1047; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 24 gennaio

limiti concernenti il sindacato giurisdizionale (esteso ad accertare non solo l'illegittimità di provvedimenti amministrativi, ma anche a riscontrare, nei casi previsti, l'eventuale responsabilità amministrativa del pubblico dipendente²⁸) relativo agli atti e provvedimenti amministrativi emanati all'esito di giudizi di carattere eminentemente tecnico²⁹.

Ricorre, infine, la categoria dogmatica della discrezionalità c.d. mista laddove la spendita, in concreto, di pubbliche potestà sia il frutto, *in parte qua*, di discrezionalità amministrativa e, *in parte qua*, di discrezionalità tecnica³⁰, talché le eventuali censure afferenti ai possibili vizi di legittimità dell'azione amministrativa devono essere conformate entro i limiti ordinariamente previsti dal legislatore onde impedire lo sconfinamento del giudice nella sfera della c.d. "riserva dell'amministrazione"³¹.

Orbene, se, come visto, nei limiti fissati dall'ordinamento, l'amministrazione, di norma, ben può incidere, in misura più o meno dirompente, su posizioni giuridiche soggettive vantate dal privato, (sia di interesse legittimo che di diritto soggettivo), in dottrina e giurisprudenza si è posta però la questione concernente l'individuazione dei confini entro i quali l'esercizio della potestà amministrativa possa condizionare, naturalmente in senso sacrificativo, la consistenza dei diritti fondamentali dell'individuo non a caso qualificati, di volta in volta, inviolabili, intangibili, indegradabili, inaffievolibili e/o resistenti a tutt'oltranza³².

Com'è noto, la teorica dei diritti inaffievolibili postula l'esistenza di posizioni giuridiche soggettive fondamentali non suscettive di degradazione in conseguenza della spendita di potestà pubblicistiche; a fronte, cioè, di diritti inviolabili la P.A. risulterebbe essere carente di potere e, per tale ragione, il provvedimento (sacrificativo) eventualmente adottato dovrebbe essere tacciato di nullità.

Invero, sulla scorta di tale premessa, secondo un primo approccio, in passato si riteneva che non solo fosse preclusa all'amministrazione la possibilità di incidere, sotto il profilo giuridico, sulla consistenza dei diritti inviolabili, bensì ne era vietato di pregiudicarne, anche solo indirettamente, in via di mero fatto, l'ampiezza, determinando ciò l'integrazione di un fatto illecito.

Acclarata la nullità del provvedimento amministrativo lesivo dei diritti c.d. "resistenti a tutt'oltranza", per carenza di potere in astratto ovvero difetto assoluto di attribuzione, in punto di giurisdizione ne conseguiva non solo la devoluzione della cognizione in capo al G.O., (essendo intonsa la consistenza di diritto soggettivo vantato dal privato)³³, ma anche una rimeditazione circa l'effettiva consistenza dei poteri esercitabili in concreto dal G.O. in siffatte occasioni³⁴.

S riteneva cioè, che, in tali casi, l'esercizio dello *ius dicere* non potesse essere ristretto entro gli angusti confini dettati dagli artt. 4 e 5 della L.A.C., ma dovesse essere riconosciuto al giudice naturale dei diritti la facoltà di ordinare un *facere* specifico, di stampo marcatamente

2011, n. 163; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, sentenza 20 gennaio 2011, n. 553; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. I, sentenza 20 dicembre 2010, n. 543.

²⁸ Sul punto v. D'AURIA, *Discrezionalità tecnica, sindacato giudiziario e responsabilità amministrativa dei pubblici funzionari*, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, 05, 829 ss.

²⁹ Sul punto v. CIRIACO, *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. Merito*, 2010, 03, 823 ss. Per un approfondimento in ordine al sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'A.G.C.M., contraddistinti da un elevato tasso di discrezionalità tecnica, v. FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in FRATINI, (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, 2011, 851 ss.

³⁰ "Entrambe esprimono due esigenze, l'una (la discrezionalità amministrativa) la fissazione del valore degli interessi politici, l'altra (la discrezionalità tecnica) la espressione di regole tecniche". Così CARUSO, *Potere di autotutela, principio di affidamento*, cit., 1413.

³¹ Per una approfondita disamina v. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 01, 1 ss.

³² Per una disamina della teorica dell'affievolibilità dei diritti soggettivi v. LANDI, POTENZA, ITALIA, *Manuale di diritto amministrativo, XI ed.*, Milano, 1999, 156. Per un recente commento v. anche CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 02, 483 ss.

³³ "La giurisdizione sui diritti umani fondamentali, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, spetta al g.o.". Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 09 settembre 2009, n. 19393.

³⁴ Sul punto v. Così MARTINI, *Potere e diritti fondamentali*, cit., 428 ss.

pubblicistico³⁵, alla P.A. di modo da soddisfare integralmente l'istanza di tutela avanzata dal privato mediante la proposizione dell'azione innanzi al G.O.³⁶ Ciò perché, ritraendo i diritti fondamentali la loro legittimazione direttamente all'interno della Carta costituzionale, in ossequio al principio di gerarchia delle fonti, non sarebbe stato possibile immaginare un tutela depotenziata, secondo gli ordinari limiti sanciti all'interno del r.d. 2248/1865, con riferimento a posizioni giuridiche soggettive contemplate da norme di rango superprimario e contraddistinte, quindi, da una forza attiva e passiva superiore rispetto alla disciplina processuale testé citata³⁷.

Siffatta opzione ermeneutica è stata inaugurata dalla Suprema Corte sul finire degli anni '70; invero, pur avendo per un certo periodo trovato significativi riscontri e conferme³⁸, essa è stata, però, progressivamente affiancata (e, quindi, definitivamente superata) da differenti ricostruzioni dogmatiche³⁹ che, nel tempo, si sono tradotte in soluzioni interpretative composite frutto,

³⁵ “Ora, il diritto leso, nella vicenda concreta, diritto denominato “alla salute” ma meglio definibile “di salute”, cioè il diritto di star bene, “fondamentale” per natura costituzionale e dalla tutela completa (art. 2 e 32, comma primo, della Costituzione della Repubblica), è esso sovrastante all'Amministrazione, di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo (Cass. S.U. 23 giugno 1989 n. 2999) ma neanche di pregiudicarlo nel fatto, indirettamente. È un diritto “primario” ([Corte Cost. 18 dicembre 1987 n. 559](#)) ed “assoluto” dell'individuo ([Corte Cost. 27 luglio 1979 n. 88](#)), nei cui riguardi l'Amministrazione, spoglia delle prerogative pubblicistiche, non soltanto non ha potere ablatorio ma può essere possibile di provvedimento inibitorio da parte del giudice naturale dei diritti (Cass. S.U. 6 ottobre 1975 n. 3164). Nei confronti, e anche soltanto per i riflessi di quel diritto, non sono configurabili opzioni di scelte amministrative, quelle che solo il giudice amministrativo può sindacare. Verso di esso l'Amministrazione non ha facoltà di scelta; deve assoluto, incondizionato rispetto. Quando trasgredisca siffatto dovere, allora essa, come si suol dire, “agisce nel fatto”, abbia o meno emessi apparenti provvedimenti. “Agisce nel fatto” perché, non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia, essa, per il diritto, “non provvede”, esplica comunque e soltanto attività materiale illecita. “Agisce nel fatto” perché, allora, ciò che soltanto rileva è il suo mero “fatto” illecito, comportamento privo, per definizione, del crisma di provenienza da legittimazione soggettiva della Pubblica Amministrazione. Nella ipotesi, dunque, non vi sono, giuridicamente, provvedimenti amministrativi da revocare o da modificare ma semplicemente si tratta di emettere condanna a un fare, di segno opposto al fatto lesivo del diritto di salute dell'individuo e tale pronuncia compete al giudice ordinario”. Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 20 febbraio 1992 n. 2092.

³⁶ Invero, di recente, con riguardo ad una controversia sorta in ordine alla denunciata natura ritorsiva del provvedimento con cui un Comune - dopo l'istituzione di un c.d. “bonus bebè” riservato a famiglie con almeno un genitore italiano, ed a seguito di ordine giudiziale di estensione del beneficio anche alle famiglie composte da genitori stranieri - aveva, viceversa, deliberato di revocarlo per tutte le famiglie, sia italiane che straniere, è stato precisato che la cognizione appartiene alla giurisdizione del g.o., sia nella fase cautelare rivolta all'ottenimento di un provvedimento anticipatorio urgente, sia nella successiva fase della cognizione piena, così come previsto nell'art. 44 d.lg. n. 286 del 1998, in considerazione del quadro normativo costituzionale (art. 3 cost.), sovranazionale (direttiva 2000/43/Ce) ed interno (art. 3 e 4 d.lg. 9 luglio 2003 n. 215 nonché l'art. 44 d.lg. 25 luglio 1998 n. 286) di riferimento, che configura il diritto a non essere discriminati come un diritto soggettivo assoluto. In tal contesto, “il g.o. deve limitarsi a decidere la controversia valutando il provvedimento amministrativo denunciato, disattendendolo, “*tamquam non esset*” e adottando i conseguenti provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti, ove confermato lesivo del principio di non discriminazione od integrante gli estremi della illegittima reazione, senza tuttavia interferire nelle potestà della p.a., se non nei consueti e fisiologici limiti ordinamentali della disapplicazione incidentale ai fini della tutela dei diritti soggettivi controversi”. Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 15 febbraio 2011, n. 3670.

³⁷ Per una disamina, in chiave storica, del sindacato giurisdizionale degli atti amministrativi da parte del G.O., con particolare riferimento al problema della possibile configurabilità della giurisdizione esclusiva del giudice naturale dei diritti, v. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2005, 271 ss. Per una disamina del contenuto dell'azione introitata davanti al G.O. avverso gli atti e i comportamenti della P.A. v. LANDI, POTENZA, ITALIA, *Manuale di diritto, cit.*, 615 ss.

³⁸ Per lungo tempo, infatti, si è costantemente ritenuto che l'amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l'azione risarcitoria costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili, come la salute o l'integrità personale. Sul punto v., *ex multis.*, Corte di Cassazione, sentenza 7 febbraio 1997 n. 1187; Corte di Cassazione, sentenza 8 agosto 1995 n. 8681; Corte di Cassazione, sentenza 29 luglio 1995 n. 8300; Corte di Cassazione, sentenza 20 novembre 1992 n. 12386; Corte di Cassazione, SS. UU., sentenza 13 giugno 2006 n. 13659 e Corte di Cassazione, SS. UU., sentenza 13 giugno 2006 n. 13660.

³⁹ Da ultimo, a d esempio, si veda CHIEPPA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 149 s. secondo cui la tesi della nullità del provvedimento per il solo fatto che questo incida su diritti fondamentali o resistenti a tutt'oltranza è oggi, *per tabulas*, sconfessata dalle riforme introdotte con l. n. 15/05 che hanno circoscritto, introducendo l'art. 21 *septies* l. n. 241/90, l'ambito della nullità, per il profilo che qui interessa, al solo difetto assoluto di attribuzione. Ciò

probabilmente, della necessità di commisurare interessi, di chiara rilevanza, tra di loro difficilmente armonizzabili.

Ne è derivata una situazione di incertezza che, com'è facile intendere, si traduce nella negazione del principio di effettività e che, quindi, incide in senso deteriore circa la garanzia di concreta tutela e promozione di libertà fondamentali che, al contrario, dovrebbero maturare, in senso assoluto, entro una cornice normativa (ed essere contraddistinte da una latitudine applicativa) chiaramente definita.

Il vero banco di prova, in materia, è stato storicamente rappresentato dal diritto alla salute e dal complesso intreccio di diritti di libertà ad esso direttamente, o anche solo mediamente, correlati⁴⁰.

3. *L'effettività del diritto alla salute dalla difesa dell'integrità psicofisica dell'individuo alla pretesa alla somministrazione delle cure: profili sostanziali e di giurisdizione*

3.1 *La doppia anima del diritto alla salute tra autodeterminazione del singolo e diritto alla somministrazione delle cure.* – Il diritto alla salute, espressione, al contempo, di una posizione giuridica soggettiva fondamentale dell'individuo⁴¹ e di un primario interesse della collettività⁴², si inquadra all'interno della categoria delle libertà positive⁴³ che, cioè, lungi dal richiedere una semplice astensione del pubblico potere da indebite ingerenze all'interno della sfera giuridica privata, esige la predisposizione di prestazioni positive finalizzate a garantire effettiva soddisfazione dell'interesse sotteso⁴⁴.

In tal contesto, il Legislatore è chiamato a conformare, nel rispetto non solo del dettato costituzionale ma anche delle direttive consacrate all'interno delle norme di diritto internazionale generale e pattizio immediatamente efficaci all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale⁴⁵, la consistenza del diritto alla salute del singolo, da un lato, in relazione al tradizionale limite (materiale) della scarsità di risorse disponibili e, dall'altro, in base a possibili interferenze con ulteriori interessi (pubblici o privati) anch'essi fondamentali⁴⁶.

L'effettivo riconoscimento del diritto alla salute presuppone così la predisposizione dei mezzi necessari ad assicurare la salvaguardia dell'integrità psicofisica dell'individuo⁴⁷ nel rispetto dei

implica, in sostanza, che “solo laddove l'atto amministrativo abbia operato in concreto la limitazione del diritto individuale in mancanza di una norma di legge che tale potere di compressione abbia previsto, la fattispecie andrà valutata alla stregua di un'ipotesi di carenza di potere in astratto, con correlativa giurisdizione del G.O. In presenza della norma attributiva del potere, invece, - e no ricorrendo agli estremi della nullità strutturale o testuale - l'atto sortisce effetti degradatori e radica la giurisdizione del G.A.”.

⁴⁰ Per una disamina del rapporto tra l'art. 32 Cost. e le altre disposizioni costituzionali ad esso direttamente o anche solo mediamente connesse v. DE CESARE, *Sanità (Diritto Amministrativo)* (voce), in *Enc. Dir.*, XLI vol., 1989, 247 s.

⁴¹ “Il riconoscimento al diritto alla salute della qualifica della fundamentalità comporta anche precise conseguenze giuridiche. Come tutti i diritti fondamentali inviolabili, infatti, lo si deve ritenere inalienabile, intrasmissibile, indisponibile (anche se l'indisponibilità dei diritti fondamentali non è da intendere come assoluto divieto della facoltà di disporre ma come della presenza della necessariamente costante volontarietà della disposizione) e irrinunciabile”. Così LUCIANI, *Diritto alla Salute, cit.*, 4.

⁴² Che, come si avrà modo di evidenziare nel proseguo del presente contributo, investe anche ulteriori interessi solo parzialmente connessi al diritto alla salute *stricto sensu* inteso quale, ad esempio, la salubrità dell'ambiente.

⁴³ Invero, secondo LUCIANI, *Diritto alla Salute, cit.*, 1 “non è facile trovare, nelle costituzioni contemporanee, la previsione di una tutela diretta di una situazione soggettiva di vantaggio avente ad oggetto il bene salute”.

⁴⁴ Sulla valenza programmatica, ovvero immediatamente precettiva, dell'art. 32 Cost. v. DE CESARE, *Sanità cit.*, 246.

⁴⁵ Sul punto v. LUCIANI, *Diritto alla Salute, cit.*, 1 s. Per una disamina della valenza del diritto alla salute all'interno del Trattato U.E. e della Carta di Nizza v. CATELANI, *La sanità pubblica*, in SANTANIELLO, (a cura di), *Trattato di diritto Amministrativo*, XL vol., Padova, 2010, 19 ss.

⁴⁶ Per una disamina dell'evoluzione nel pensiero giuridico delle tecniche di tutela del diritto alla salute nel quadro del diritto civile v. GIUSTI, SANTILLI, *Tutela della Salute – Dir. Civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII vol., 1991, 1 ss.

⁴⁷ Invero, spesso “si confonde la nozione di integrità fisica con quella di salute, che ha un ambito operativo ben più ampio e tende, in vario modo, a ricomprendere anche la prima. E tuttavia la distinzione appare netta: l'integrità fisica richiama gli aspetti, per così dire, esteriori della condizione del soggetto, (caratterizzata dall'assenza di menomazioni), è valore statico, da proteggere e tutelare, la salute si configura al contrario come concetto relativo, in funzione della

limiti (interni ed esterni) entro i quali ne viene riconosciuta piena ed integrale copertura costituzionale⁴⁸.

In quanto diritto (fondamentale)⁴⁹ della persona (e non solo del cittadino)⁵⁰ la salute è, innanzitutto, espressione di una posizione di libertà che, pertanto, presuppone il connotato e/o attributo della disponibilità che, però, al pari di qualunque posizione giuridica soggettiva, non assume certo una valenza assoluta ma viene temperata con ulteriori (e parimenti rilevanti) interessi.

Da qui, ad esempio, la soggezione a trattamenti sanitari obbligatori⁵¹, (nei casi e modi previsti dalla legge)⁵², concepiti, naturalmente, in vista del perseguimento di un interesse generale che, però, chiaramente, non può certo esso stesso giustificare il travalicamento dei limiti intimamente connessi con il rispetto della dignità dell'individuo⁵³.

sviluppo della società, non meno che della condizione del singolo, coinvolgendo peraltro di essa soprattutto gli aspetti interiori, come avvertiti e vissuti in concreto dal soggetto, è valore dinamico, in continua trasformazione, non solo da garantire, ma da promuovere ed accrescere". Così DOGLIOTTI, *La vita e l'integrità fisica*, in RESCIGNO (a cura di) *Trattato di diritto privato, Persone e Famiglia, Tomo Primo*, Milano, 1982, 87.

⁴⁸ "A ben vedere, nessun diritto fondamentale è tale (è cioè davvero diritto) se non può contare su di un intervento sociale che ne abbia istituzionalizzato la protezione". Così LUCIANI, *Diritto alla Salute, cit.*, 3.

⁴⁹ "Si ricordi che il riferimento alla fundamentalità del diritto alla salute non era presente nel progetto originario presentato all'Assemblea per la discussione, e che esso fu introdotto proprio per rafforzare ed elevare la garanzia data dalla Costituzione alla salute". Così LUCIANI, *Diritto alla Salute, cit.*, 4.

⁵⁰ "Lo straniero, anche se irregolare, ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili ed urgenti, trattandosi di un diritto fondamentale della persona che deve essere garantito, così come disposto in linea generale dall'art. 2 d.lg. n. 286 del 1998, con una valutazione dello stato di salute del soggetto e dell'indifferibilità ed urgenza delle cure che deve essere effettuata caso per caso, secondo il prudente apprezzamento medico; pertanto, di fronte ad un ricorso avverso un provvedimento di espulsione si deve, qualora vengano invocate esigenze di salute dell'interessato, preventivamente valutare tale profilo - tenuto conto dell'intera disciplina contenuta nel d.lg. n. 286 del 1998 - se del caso ricorrendo ai mezzi istruttori che la legge, pur in un procedimento caratterizzato da concentrazione e da esigenze di rapidità, certamente consente. Non può essere disposta l'espulsione di uno straniero qualora dall'esecuzione di detto provvedimento egli possa subire un irreparabile pregiudizio al suo diritto alla salute, costituzionalmente garantito. Infatti, lo straniero presente irregolarmente nel territorio italiano ha diritto di fruire di tutte le prestazioni sanitarie indifferibili ed urgenti, secondo i parametri indicati dall'art. 35 comma 3 d.lg. n. 286 del 1998, con esclusione dei trattamenti di mantenimento e di controllo, per i quali il medesimo potrà eventualmente attivarsi per ottenere il permesso di soggiorno per cure mediche, ai sensi dell'art. 36 d.lg. citato". Così Consiglio di Stato, 26 luglio 2010, n. 4863. In ordine alla posizione rivestita dallo straniero all'interno dell'ordinamento giuridico italiano circa la tutela del diritto alla salute v. ex multis: Cassazione civile, sez. I, sentenza 04 aprile 2011, n. 7615; [Corte costituzionale, sentenza 22 luglio 2010, n. 269](#); T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, sentenza 25 febbraio 2010, n. 71; T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, sentenza 04 novembre 2009, n. 1569; Tribunale Milano, sez. X, sentenza 14 aprile 2009, n. 4991; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, sentenza 30 maggio 2008, n. 1902. Per un approfondimento v. ROMANO, *Condizione giuridica dell'immigrato clandestino, diniego del permesso di soggiorno, tutela della salute e riparto di giurisdizione*, in *Giur. Merito*, 2011, 7-8, 1965 ss. e MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269 del 2010)*, in *Giur. cost.*, 2010, 04, 3238 ss.

⁵¹ Invero, "il trattamento deve essere previsto (sia pure entro i confini di una riserva che è solo relativa) dalla legge o da questa consentito; deve essere assicurato il rispetto della persona umana; il trattamento deve servire alla protezione dell'interesse della collettività alla salute generale e non può essere finalizzato al perseguimento di qualunque interesse pubblico". Così LUCIANI, *Diritto alla Salute, cit.*, 11. Sul punto v. anche AICARDI, *La sanità*, in CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo speciale, Tomo I*, Milano, 2000, 379.

⁵² Secondo PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 01, 137, "l'intendimento principale del costituente è all'epoca quello di proteggere l'individuo dagli abusi del potere esecutivo nell'imposizione di pratiche sanitarie per motivi di salute collettiva. In questa prospettiva si intendevano rendere possibili unicamente prescrizioni come quelle delle vaccinazioni obbligatorie per scongiurare i pericoli di epidemia, escludendo invece trattamenti in contrasto con la dignità e la libertà personale come la sterilizzazione coattiva, praticata in diversi Paesi europei a partire dagli anni trenta. Di qui il doppio vincolo della riserva di legge e del limite posto al legislatore con riferimento al rispetto della persona umana".

⁵³ "Il punto controverso del comma 2 dell'art. 32 puntualizza invece la necessità del concetto di dignità umana dipendente dall'essere il trattamento sanitario in questione basato o meno su indiscussi principi scientifici; è evidente che è difficile far coesistere una norma costituzionale, che vieta alla legge espressamente di varcare in limiti imposti dalla dignità umana, e altre norme costituzionali che consentono, anzi favoriscono, l'applicazione di conquiste

È il caso, ad esempio, della sottoposizione a vaccinazioni obbligatorie ovvero ad altre prestazioni sanitarie imposte⁵⁴ in vista della salvaguardia dalla pubblica incolumità⁵⁵; in tali ipotesi, al contempo si assiste alla tutela dell'integrità del singolo⁵⁶ in funzione della valorizzazione anche dell'interesse generale⁵⁷ a fronte del quale un eventuale rifiuto (irragionevole ed ingiustificato) non può che recedere⁵⁸.

scientifiche dirette al bene sociale per la difesa dei diritti fondamentali della persona umana". Così DE CESARE, *Sanità cit.*, 246.

⁵⁴ Naturalmente, laddove il cittadino dovesse subire un pregiudizio in conseguenza della soggezione a trattamenti sanitari imposti *ex lege*, è compito precipuo dello Stato riconoscere in favore dell'individuo un indennizzo che possa, almeno *in parte qua*, alleviare le conseguenze deteriori subite. Invero, si tratta "di un obbligo avente uno speciale carattere. Per la collettività è in questione non soltanto il dovere di aiutare chi si trova in difficoltà per una causa qualunque, ma l'obbligo di ripagare il sacrificio che taluno si trova a subire per un beneficio atteso dall'intera collettività. Sarebbe contrario al principio di giustizia, come risultante dall'art. 32 della Costituzione, alla luce del dovere di solidarietà stabilito dall'art. 2, che il soggetto colpito venisse abbandonato alla sua sorte e alle sue sole risorse o che il danno in questione venisse considerato come un qualsiasi evento impreveduto al quale si sopperisce con i generali strumenti della pubblica assistenza, ovvero ancora si subordinasse la soddisfazione delle pretese risarcitorie del danneggiato all'esistenza di un comportamento negligente altrui, comportamento che potrebbe mancare". Così [Corte costituzionale, 18 aprile 1996 n. 118](#). Per un commento, in dottrina, v. ESPOSITO, *Indennizzo per violazione del diritto alla salute o indennizzo per espropriazione?*, in *Giur. cost.* 2006, 05, 3403 ss. La *ratio* costituzionale del diritto all'equo indennizzo, riconosciuto in base agli art. 32 e 2 cost., sta, cioè, nell'esistenza di un interesse pubblico alla promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario, il quale, per conseguenza, viene (e può essere) dalla legge assunto ad oggetto di obbligo legale, sicché è l'interesse collettivo alla salute la ragione determinante del diritto all'indennizzo e non già l'obbligatorietà in quanto tale del trattamento, che è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse. In tal senso v. [Corte costituzionale, 22 giugno 2000, n. 226](#) e [Corte costituzionale, 26 febbraio 1998, n. 27](#). In ordine all'indennizzo corrisposto in favore di soggetti che abbiano riportato un vulnus alla propria integrità psicofisica conseguente alla somministrazione di farmaci, emoderivati ovvero, più in generale, alla soggezione a trattamenti terapeutici o sanitari obbligatori, nel tempo si è assistito ad una presa di posizione da parte della Consulta che ha avuto modo di ricondurre la legislazione di settore, non sempre ritenuta adeguata e ragionevole, a più chiari tratti di coerenza. Sul punto, ad esempio, si veda [Corte costituzionale, 06 febbraio 2009, n. 28](#), a tenore della quale "è costituzionalmente illegittimo l'art. 1, comma 3, l. 25 febbraio 1992 n. 210, nella parte in cui non prevede che i benefici indennitari riconosciuti da tale legge spettino anche ai soggetti che presentino danni irreversibili derivanti da epatite contratta a seguito di somministrazione di derivati del sangue. Premesso che il beneficio previsto dall'art. 1, commi 2 e 3, l. n. 210 del 1992 - riconosciuto sempre ai soggetti che abbiano contratto infezioni da HIV, siano esse derivate dalla somministrazione di sangue ovvero di emoderivati, e solo nel caso in cui la malattia sia conseguita a trasfusione, ovvero, se si tratta di operatori sanitari, nelle ipotesi di contatto con il sangue o suoi derivati, ai soggetti che abbiano contratto l'epatite - consiste in una misura di sostegno economico fondata sulla solidarietà collettiva garantita ai cittadini, alla stregua degli art. 2 e 38 cost., a fronte di eventi generanti una situazione di bisogno, il mancato riconoscimento dell'indennizzo a favore di coloro che abbiano contratto l'epatite a seguito di somministrazione di emoderivati non trova alcuna ragionevole giustificazione, dal momento che, del tutto immotivatamente, tale fattispecie resta priva di tutela ([sentt. n. 118 del 1996, 226 del 2000, 476 del 2002, 342 del 2006](#))".

⁵⁵ "Talora, in un prospettiva ben più arretrata, il trattamento obbligatorio non sembrava neppure ispirato alla tutela della salute collettiva, ma piuttosto alla difesa della società e dell'ordine pubblico. La l. 14 febbraio 1904 n. 36 non si preoccupava, se non marginalmente, dell'esigenza di cura del malato mentale, quanto piuttosto di quella di custodia e controllo sociale". Così e per un approfondimento v. DOGLIOTTI, *La vita, cit.*, in RESCIGNO (a cura di) *Trattato di diritto privato, cit.*, 85.

⁵⁶ Per una ricostruzione in chiave storica del dogma dell'integrità fisica dell'individuo la cui tutela avrebbe potuto essere modellata sullo schema formale della proprietà v. DOGLIOTTI, *Il diritto alla salute tra pubblico e privato*, in *Dir. Famiglia*, 2001, 03, 878 ss.

⁵⁷ Per una disamina della giurisprudenza costituzionale maturata in materia v. *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf

⁵⁸ "È manifestamente inammissibile la q.l.c. dell'art. 1 lett. c) l. 5 marzo 1963 n. 292, introdotta dall'art. 1 l. 20 marzo 1968 n. 419, e modificata dall'art. 1 l. 27 aprile 1981 n. 166, sollevata in riferimento all'art. 32 cost., in quanto sancisce la obbligatorietà della vaccinazione antitetanica per i nuovi nati, per i quali prevede tre somministrazioni del vaccino, la prima al terzo mese di vita, la seconda dopo 6 - 8 settimane dalla precedente, la terza al decimo - undicesimo mese di vita. Il giudice "a quo" non chiarisce, infatti, se l'opposizione dei genitori alla vaccinazione sia motivata solo dalla convinzione della illegittimità del relativo obbligo legale o dalla allegata pericolosità in concreto, per il minore, della somministrazione del vaccino, nè può ritenersi sufficiente il riferimento al solo carattere non diffusivo della malattia, in quanto alla valutazione rimessa al giudice non può essere estranea la considerazione del rischio derivante

Ma, si osserva, la disponibilità dell'interesse sotteso al diritto alla salute viene conformato vieppiù non solo in ragione dell'esigenza di immediata e diretta tutela della collettività (impedire un'epidemia o la diffusione di malattie contagiose) bensì anche a fronte di un generale apprezzamento dell'integrità psicofisica dell'individuo⁵⁹ intesa quale bene primario inviolabile anche da parte dello stesso titolare⁶⁰.

In tal contesto si inserisce la previsione codicistica dettata in materia di atti di disposizione del proprio corpo per la quale il rispetto dei limiti previsti dalla legge, ovvero imposti in funzione dell'ordine pubblico o del buon costume, contribuisce a delineare l'effettiva consistenza di tale inaffievolibile diritto⁶¹.

Naturalmente, però, la volontà del singolo non può certo essere relegata ad un ruolo del tutto marginale (se non all'interno, probabilmente, di uno Stato contraddistinto da evidenti tratti autoritari) ma va ricondotta ad un piano che ne esalti la funzione in vista della migliore promozione delle condizioni di benessere psicofisico della persona⁶².

Così, semplicemente, ciascuno ha diritto, innanzitutto, se lo chiede, di essere curato e la somministrazione delle prestazioni sanitarie erogate non può che configurare esercizio di un servizio pubblico o, secondo alcuni, di pubblica necessità⁶³.

Non sempre, però, si dimostra semplice stabilire con chiarezza le condizioni al ricorrere delle quali l'attività medica sia da ritenere giuridicamente lecita oltre che socialmente adeguata⁶⁴.

Per lungo tempo, infatti, dottrina e giurisprudenza hanno dibattuto (ed, invero, tuttora dibattono) in merito alla precisazione del fondamento giuridico della prestazione medica⁶⁵ e, in tal contesto, sulla portata da riconoscere al consenso legittimamente espresso dal paziente alla sottoposizione ad un determinato trattamento sanitario⁶⁶.

allo stesso minore dall'omissione della vaccinazione, posto che, nel caso del minore, non è in gioco la sua autodeterminazione, ma il potere - dovere dei genitori di adottare le misure e le condotte idonee a evitare pregiudizi o concreti pericoli alla sua salute, non potendosi ammettere una totale libertà dei genitori di effettuare anche scelte che potrebbero essere gravemente pregiudizievoli al figlio, sicché l'ordinanza risulta carente in punto di motivazione sulla rilevanza della questione." Così [Corte costituzionale, sentenza 22 luglio 2004, n. 262](#).

⁵⁹ Sul punto v. LUCIANI, *Diritto alla Salute*, cit., 5 s.

⁶⁰ È il caso, ad esempio, dei trattamenti sanitari obbligatori previsti dagli artt. 33, 34 e 35 della l. n. 833/78 erogati nei confronti di pazienti che, a causa di patologie mentali, non siano in condizioni di manifestare un valido consenso e si debba, a seconda dei casi, intervenire mediante il ricovero ospedaliero ovvero provvedere alla somministrazione di cure e all'adozione di tempestive ed idonee misure sanitarie extra-ospedaliere. Sul punto v. COSENTINI, *La relazione medico-paziente: rapporto tra dovere di cura ed autodeterminazione della persona destinataria della cura. Indisponibilità del diritto alla salute*, in *Giur. Merito*, 2009, 11, 2700 ss.

⁶¹ Invero, "l'espressione diritto alla salute deve considerarsi formula sintetica con la quale si esprime la garanzia di una pluralità di situazioni soggettive assai differenziate tra di loro. Possiamo così identificare: il diritto alla propria integrità psicofisica; il diritto all'ambiente salubre; il diritto a trattamenti sanitari preventivi; il diritto di essere curato; il diritto (degli indigenti) a cure gratuite); il diritto a non essere curato". Così LUCIANI, *Diritto alla Salute*, cit., 5.

⁶² "Se l'integrità fisica e la libertà di decidere del proprio corpo sono entrambi da ritenere valori costituzionalmente garantiti, nessuna questione ovviamente sorge allorché tutti e due siano insieme perseguibili, mentre il problema si presenta allorché essi si pongano concretamente in contrasto tra loro, ossia quando un determinato atto tendente alla realizzazione di uno dei due valori viene, o sembra che venga, inevitabilmente a collidere con l'altro". Così GIUSTI, SANTILLI, *Tutela della Salute*, cit., 5.

⁶³ Cfr. Tribunale Lecce, sentenza 05 dicembre 1986.

⁶⁴ Per una riflessione circa l'obiezione di coscienza in relazione a determinate pratiche, alla prescrizione di alcune cure e terapie ovvero alla somministrazione di alcuni farmaci, v. MANGIAMELLI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0148_mangiameli.pdf.

⁶⁵ Per un approfondimento sul punto v. LA MONACA, SARTEA, ANZILOTTI, *Tra autonomia professionale e autonomia del paziente: discrezionalità nelle scelte terapeutiche e posizioni di garanzia. limiti e doveri del medico alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. famiglia*, 2010, 03, 1391 ss.

⁶⁶ Sul punto, ci si limita a ricordare che il diritto alla salute costituisce interesse fondamentale dell'individuo talché ogni possibile attività capace di pregiudicarne (anche solo potenzialmente) la sua effettiva consistenza necessita dell'esplicito assenso del titolare con l'unica eccezione rappresentata dai casi (previsti *ex lege*) di trattamento sanitario obbligatorio. Il consenso (informato) è espressione, così, esso stesso, di un diritto fondamentale che trova il proprio fondamento non solo ex art. 32 cost. bensì si radica, in particolare, all'interno degli artt. 2 e 13 cost. perché coincide con la libertà di autodeterminazione (morale e fisica) dell'individuo. Qualsiasi prestazione medica (non obbligatoria per

legge) deve essere accompagnata dall'esplicita dichiarazione di volontà del paziente costituendo questa presupposto ineludibile di liceità della condotta medica. Per assumere, però, un'effettiva consistenza il consenso prestato deve essere qualificato da specifici attributi anch'essi, naturalmente, ineludibili. Una prima questione attiene alla natura giuridica dell'assenso. Sul punto si contrappongono la tesi negoziale, che inquadra il consenso nell'ambito del negozio giuridico (pubblico o privato), e la diversa opzione che qualifica l'assenso prestato alla stregua di mero atto giuridico. Si sottolinea, in particolare, comunque, che, indipendentemente dalla classificazione accolta, la prestazione del consenso invero non comporta l'insorgenza di un rapporto di tipo relazionale, capace di includere precise posizioni di diritto e d'obbligo, tra l'autore del consenso e il destinatario di questo; vieppiù, si rimarca, in ogni caso, la revocabilità dello stesso fintantoché l'azione consentita non sia esaurita o comunque possa essere efficacemente arrestata. Altro profilo problematico attiene alla individuazione delle condizioni soggettive al ricorrere delle quali si ritiene possa essere prestato un valido consenso. Ci si riferisce, in particolare, alla capacità soggettiva da riconoscere al titolare del diritto di liberamente disporre dello stesso. Esclusa, naturalmente, la capacità dell'infermo totale di mente, sono sorte nel tempo perplessità in ordine alla posizione rivestita da parte del tutore proprio con riferimento alla somministrazione (e, per converso, all'interruzione) di cure mediche in favore di soggetto incosciente. Non essendo questa la sede per approfondire un così complesso dibattito, ci si limita a sottolineare che le obiezioni tradizionalmente sollevate in ordine alla possibilità di sostituzione del tutore all'infermo, in ragione della natura "personalissima" della situazione giuridica soggettiva fatta valere, sono state da ultimo superate dalla giurisprudenza che ha avuto modo di precisare come la risposta al quesito di erogare (ovvero interrompere) prestazioni sanitarie in favore di soggetto incosciente (al di là delle ipotesi tipiche dello stato di necessità: è il caso, ad esempio, della vittima di incidente che arrivi incosciente in ospedale e sia sottoposto alle conseguenti necessarie cure del caso) sia da rinvenire nella ricostruzione dell'effettiva (non solo eventualmente presumibile) volontà del destinatario del trattamento, consistendo la funzione assolta dal tutore in tale operazione nell'apporto di un contributo utile alla migliore (e più efficiente possibile) indagine rivolta allo scopo. Orbene, al di là di tale ipotesi, comunque, la capacità soggettiva di prestare consenso assume poi un peso specifico nel caso di cure mediche erogate in favore di soggetti minori. Ad un tesi che propugna la necessità di riferire la capacità di prestare un valido consenso solo al compimento della maggiore età c'è chi, diversamente, ritiene opportuno richiamare la disciplina dettata in materia di imputabilità ovvero il regime giuridico proprio della proposizione della querela. V'è poi, infine, chi propende per una soluzione differenziata a seconda della particolare natura dell'interesse sotteso presupponendo la possibilità di riconoscere al minore un'effettiva attitudine a liberamente disporre, in proporzione alla consapevolezza maturata con l'età, solo di interessi patrimoniali minori. Nello specifico campo medico, in particolare, da più parti si ritiene comunemente che la volontà del minore vada comunque presa in considerazione anche in ragione della gravità delle possibili conseguenze correlate ad un dato trattamento sanitario. Naturalmente, poi, affinché assuma efficacia scriminante, il consenso prestato deve essere libero, cioè non coartato, ed esente da vizi. Deve altresì essere informato. Il paziente, cioè, deve essere reso compiutamente edotto di tutti i profili rilevanti connessi all'attività medica erogata o, più propriamente, ancora da prestare. Il complesso delle informazioni fornite deve, cioè, essere esaustivo e comprendere tutti i possibili profili problematici relativi al peculiare caso di specie. In particolare, ciò assume un specifico rilievo sin dallo svolgimento dell'attività diagnostica che, *ex se*, può richiedere ad esempio l'impiego di strumenti o tecniche idonee ad incidere, in modo significativo, sull'integrità psicofisica dell'individuo (e, pertanto, per definizione necessitare del preventivo consenso in ordine alle modalità di svolgimento della stessa diagnosi). Anche a prescindere da tali ipotesi, comunque, il consenso dovrà essere formato sulla scorta di una corretta rappresentazione delle risultanze dell'attività diagnostica compiuta; il paziente dovrà essere reso edotto, cioè, della natura e gravità della patologia riscontrata, delle sue conseguenze immediate, delle tecniche chirurgiche e terapeutiche a disposizione, degli specifici rischi riconnessi a ciascuna di queste o, anche, al più, dei rischi correlati alla mera inerzia terapeutica. A seconda, poi, dei tratti caratteristici del trattamento sanitario da erogare, il consenso dovrà investire tutti gli aspetti rilevanti dell'intervento che, naturalmente, potrà assumere una diversa consistenza in caso di terapia farmacologia ovvero di trattamento chirurgico. Nella prima ipotesi, le informazioni dovranno comprendere natura, efficacia e possibili effetti collaterali, oltre che eventuali farmaci alternativi; nel secondo caso, ci si dovrà impegnare nel rendere intelligibile gli elementi essenziali dell'operazione chirurgica anche in favore dei non addetti ai lavori. Con riferimento, poi, proprio agli interventi chirurgici la giurisprudenza, supportata da accorta dottrina, ha avuto modo nel tempo di precisare che il consenso informato debba investire non tanto e solo l'operazione nel suo complesso, bensì, puntualmente, ogni singolo segmento della stessa (ovvero ogni atto preparatorio o successivo) che sia contraddistinto da una specifica rilevanza autonoma. L'esempio di scuola è rappresentato dal trattamento anestesilogico (che, com'è noto, può assumere diversa portata) prodromico alla realizzazione dell'intervento chirurgico. Naturalmente, la consistenza delle informazioni deve poi essere adeguata alla particolare intrinseca natura dell'intervento programmato; così, nel caso di intervento c.d. di routine si assiste solitamente ad una descrizione puntuale, perché sostanzialmente riconnessa alla facilità tecnica dell'atto operatorio, grazie alla quale il paziente può essere tranquillizzato in relazione alle diverse fasi dell'intervento. Quanto, poi, alle modalità di esternazione del consenso, sul rilievo, in particolare, della natura non negoziale dello stesso, si ritiene che non sia necessario ottemperare ad una particolare forma solenne; anche il consenso tacito, ancorché espresso mediante *facta concludentia* univoci, può quindi essere apprezzato positivamente. È utile allo scopo, inoltre, la prassi invalsa proprio in capo medico consistente nella sottoscrizione di appositi moduli e formulari; tale metodologia, genericamente valida, non può però esimere dal calibrare le informazioni da rendere e

In merito, numerosi appaiono essere gli spunti di riflessione; non potendo, però, in questa sede, adeguatamente sviluppare tematiche suscettibili di essere solo accennate, in quanto ultronee rispetto alle finalità immediatamente perseguite dal presente contributo, ci si limita semplicemente a rilevare come ormai consolidato sia, in dottrina e giurisprudenza, il rilievo secondo il quale il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario risultando, in sua assenza, l'intervento del medico, al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando praticato nell'esclusivo interesse del paziente⁶⁷.

Il consenso informato, liberamente prestato, cioè, rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi e si traduce nella facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.⁶⁸

Va da sé, però, che la dimensione (per così dire) "personalista" del diritto alla salute⁶⁹, (*rectius*: la dimensione del diritto alla salute inteso alla stregua di libertà negativa), costituisce, come in precedenza già accennato, solo un aspetto della posizione di libertà sancita ex art. 32 Cost.⁷⁰.

Se, da un lato, infatti, ciascuno ha diritto di rifiutare, consapevolmente, la sottoposizione a trattamenti sanitari⁷¹, salvo, come visto, l'ipotesi in cui confluiscono nella fattispecie interessi

l'anamnesi e la diagnosi da effettuare sulla base della particolare storia clinica del paziente e, più in generale, su tutte le possibili peculiarità proprie del singolo caso di specie. Non è mai ammesso, poi, un consenso presunto che, cioè, l'operatore sa di non essere stato prestato ma che ritiene, per una propria personale convinzione, che sarebbe stato rilasciato qualora il titolare del diritto sarebbe stato messo in grado di conoscere la realtà, mentre assume efficacia scriminante il consenso putativo, l'assenso che cioè, pur non essendo stato realmente prestato, l'operatore ritenga, per errore, che esista. Per un approfondimento di tutti i suddetti profili si rinvia, in particolare, a GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2008, 459 ss.

⁶⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748. Sul punto v. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 2008, 06, 4970 ss.

⁶⁸ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748. Sul punto v. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 2008, 06, 4970 ss.

⁶⁹ Per un approfondimento sul punto v. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 01, 126 ss.

⁷⁰ Invero, il diritto alla salute "come "valore costituzionale" primario o fondamentale, implica un bilanciamento nel rapporto con altri Beni e/o valori altrettanto meritevoli di tutela costituzionale. Il giudice costituzionale, al riguardo, non manca di rilevare come la tutela della salute, quale "diritto primario e fondamentale", venga a scomporsi in una pluralità di situazioni giuridiche soggettive diverse di cui solo il profilo della "difesa dell'integrità fisio-psichica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive dei terzi" si configura come un diritto *erga omnes*, perciò direttamente e immediatamente tutelabile e azionabile nei confronti di chi abbia posto in essere, in proposito, una condotta illecita. Riguardato sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari, invece, esso è "soggetto alla <determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione> della relativa tutela da parte del legislatore ordinario", apparendo comunque "costituzionalmente condizionato" dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti". Si tratta di un ambito, pertanto, nel quale l'eventuale inerzia del legislatore verrebbe a configurarsi come violazione di un vincolo costituzionale al solo problematicamente potrebbe opporre rimedio l'impegno interpretativo del giudice". Così BALDINI, *L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in <http://rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Baldini.pdf>, 7.

⁷¹ Sul punto v. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in http://www.dircost.unito.it/SentNet1.01/studi/Tripodina_Argomento_originalista.pdf, 39 ss.

pubblici preminenti, dall'altro lato, ciascuno ha il diritto, all'interno di una società civile, di poter accedere alle cure necessarie al fine di salvaguardare la propria integrità psicofisica⁷² e, specularmente, è compito precipuo dello Stato-apparato predisporre, all'interno di uno Stato sociale⁷³, adeguate misure legislative⁷⁴ (e disporre i conseguenti puntuali provvedimenti applicativi necessari) per far fronte alle richieste di prestazioni sanitarie da parte della collettività⁷⁵.

Si introduce, per tale via, la delicata e complessa questione del diritto al conseguimento di prestazioni sanitarie (a titolo gratuito)⁷⁶ alla stregua del principio di effettività del diritto alla salute apprezzato nella sua declinazione di libertà positiva⁷⁷.

Invero, se appare chiaro che il grado di civiltà giuridica e sociale di una data comunità si misura attraverso il livello di benessere della collettività espresso non solo in termini meramente economico/patrimoniali ma, in primo luogo, in termini di qualità della vita correlata ai servizi di interesse generale erogati dalla pubblica amministrazione⁷⁸, al contempo, ragionevole appare, anche

⁷² Sottolinea la “doppia anima” del diritto alla salute AICARDI, *La sanità, cit.*, in CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, cit.*, 378.

⁷³ Assurge ad attributo tipico dello Stato Sociale la funzione amministrativa nel suo divenire, da potere, servizio; in tal senso e per un approfondimento v. FRANCO, *Strumenti di tutela del privato nei confronti della P.A.*, 199, Padova, 7 ss.

⁷⁴ Per un approfondimento in ordine ai profili problematici concernenti i criteri di riparto tra potestà legislativa statale e regionale in materia di diritto alla salute v. D'ANGELOSANTE, *La tutela della salute è competenza concorrente... ma riservata allo Stato*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 01, 30 ss. secondo cui (44) “i principi fondamentali delle materie concorrenti dopo la riforma del Titolo V sono stati identificati sulla base di un criterio funzionale, anzi che contenutistico-oggettivo, oppure sulla base della necessità di ricerca di un punto di equilibrio fra interessi contrapposti. In sostanza, e con specifico riferimento alla tutela della salute, è spesso accaduto che « la disciplina statale sia stata salvaguardata in toto qualificando le relative disposizioni come norme di principio, necessariamente uniformi « stante la loro finalità di protezione di un bene, quale la salute della persona, ugualmente pregiudicato su tutto il territorio della Repubblica ». È altresì accaduto che la disciplina statale sia stata salvaguardata, come si accennava, sulla base della circostanza che essa rappresentasse la « mediazione tra più interessi contrapposti e coinvolgenti, a vario titolo, anche lo Stato »“. In merito alla configurazione del diritto alla salute quale posizione giuridica soggettiva fondamentale suscettiva di essere ricompresa all'interno della categoria dogmatica dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117 comma 2 lett. m Cost., v. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2002, 03, 2034 ss.

⁷⁵ “L'insieme dei soggetti governati è quindi senz'altro tenuto ad attivarsi per far sì che quel bene non corra pericoli di compromissione (se già posseduto) e sia concretamente conquistato dai singoli e dalla collettività (se assente). L'interesse dell'ordinamento coincide peraltro in via di principio con l'interesse dei singoli che, nel caso di inerzia o di cattivo uso della discrezionalità spettante a quello tra i pubblici poteri cui per primo compete dare attuazione alla norma costituzionale – il legislatore – potrebbe trovare protezione davanti alla Corte costituzionale” Così LUCIANI, *Diritto alla Salute, cit.*, 2.

⁷⁶ Invero, il problema della erogazione di prestazioni sanitarie a titolo gratuito, com'è facile intuire, si misura con gli stretti vincoli di bilancio che contingentemente possono condizionare l'accesso a determinati percorsi terapeutici. Compete al legislatore, di certo, selezionare, nell'esercizio della propria discrezionalità, soggetta, però, ad uno stretto scrutinio di ragionevolezza, i casi, le condizioni ed i limiti di accesso a cure gratuite, tenendo comunque ben presente il rilievo secondo il quale privare il cittadino della possibilità di fruire gratuitamente di trattamenti sanitari incide non tanto e solo nei suoi interessi economico/patrimoniali ma ben può tradursi in una irrimediabile compromissione di un bene personalissimo ed inviolabile. Per un approfondimento sul punto v. LUCIANI, *Diritto alla Salute, cit.*, 9.

⁷⁷ Richiama la qualificazione del diritto alla salute, nella sua accezione positiva, alla stregua di “dover essere”, ovvero istanza da promuovere, per garantirne piena effettività, in capo al Legislatore, GIUSTI, SANTILLI, *Tutela della Salute – cit.*, 3.

⁷⁸ È il caso affrontato, in un recente passato, in giurisprudenza con riferimento ad un provvedimento di soppressione di una struttura sanitaria ospedaliera da parte della competente A.U.S.L., la cui efficacia era stata sospesa dal G.A., e del conseguente provvedimento cautelare emesso dal G.O. avente ad oggetto l'immediato ricovero di una partoriente presso il reparto di ginecologia ed ostetricia dell'ospedale in questione. In merito, in realtà erano state sollevate in dottrine perplessità in ordine al profilo della giurisdizione e, in particolare, della potestà del G.O. di ordinare un *facere* pubblicistico nei confronti della P.A. Invero, “nel caso particolare delle prestazioni sanitarie, come detto, la fruizione del servizio non è condizionata dall'espletamento di un procedimento amministrativo, in quanto il diritto ad utilizzare le strutture sanitarie pubbliche, per la sua natura di situazione soggettiva costituzionalmente garantita, discende direttamente dall'ordinamento e non può essere condizionata da alcun atto discrezionale. Di conseguenza, tutte le controversie promosse da singoli soggetti privati, al fine di ottenere l'erogazione delle prestazioni cui il Servizio

nell'ottica dalla massima valorizzazione dei diritti fondamentali della persona, modulare l'erogazione di prestazioni *lato sensu* sociali in ossequio ai canoni dell'efficienza e dell'efficacia (oltre che in proporzione alle risorse concretamente disponibili) richiedendo ciò, di necessità, un'opera di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, tra loro, anche solo occasionalmente, confliggenti.

In ordine all'effettività del diritto alla salute ciò essenzialmente si traduce nella necessità di calmierare l'erogazione delle prestazioni sanitarie (a titolo gratuito) con ulteriori specifici interessi (non solo economici ma anche, *lato sensu*, sociali) in vista del perseguimento di un giusto contemperamento⁷⁹ tenendo, però, sempre bene a mente che la selezione e la commisurazione degli interessi non può in ogni caso giammai pregiudicare il contenuto minimo ovvero il nucleo essenziale del diritto in questione dovendo, per converso, essere sempre garantita una soglia minima ed inderogabile di prestazioni sufficienti a soddisfare la pretesa di tutela dell'integrità psicofisica dell'individuo⁸⁰.

Esemplificativa è, in tal senso, la vicenda di recente sottoposta innanzi all'attenzione della Consulta ed avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 5, della legge 23 ottobre 1985, n. 595 nella parte in cui si riteneva non applicabile alle ipotesi di prestazioni sanitarie ottenute presso strutture estere, diverse dai centri di altissima specializzazione, nei casi in cui tali prestazioni siano l'unica possibilità per evitare un danno grave e irreversibile alla salute.

Orbene, la norma impugnata consente il recupero, da parte dei cittadini italiani, delle spese sostenute per prestazioni di assistenza sanitaria ottenute all'estero a condizione che le stesse siano state erogate da centri di «altissima specializzazione» e che riguardino «prestazioni che non siano ottenibili nel nostro Paese tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico», ma, secondo l'opzione ermeneutica dominante, di per sé, non avrebbe potuto costituire la base giuridica nel caso di sottoposizione a trattamenti sanitari ottenuti presso strutture estere diverse dai centri di altissima specializzazione nei casi in cui tali prestazioni siano l'unica possibilità per evitare un danno grave e irreversibile alla salute.

Invero, secondo una prima opzione ricostruttiva, il principio generale – il quale prevede che i presupposti, il tipo e le modalità di erogazione delle prestazioni assistenziali, dirette a tutelare il diritto alla salute, siano stabiliti dal legislatore nell'esercizio della discrezionalità di apprezzamento che gli compete nel contemperamento tra le esigenze degli assistiti e quelle di bilancio – subisce deroga qualora si tratti del nucleo essenziale del diritto alla salute⁸¹ e la prestazione in questione sia indispensabile e indifferibile per la sua tutela⁸².

sanitario nazionale è istituzionalmente preposto, devono ritenersi attinenti al rapporto individuale di utenza e, in quanto tali, comunque devolute alla giurisdizione del giudice ordinario (Cassazione Su, 558/00; Tar Basilicata, 766/01; Tar Piemonte, 62/2002, Tar Friuli V.G. 355/02). D'altra parte, il rapporto tra l'ente gestore del servizio e il singolo utente, una volta espletato l'eventuale procedimento amministrativo di ammissione al servizio, si sviluppa secondo moduli di tipo strettamente privatistico; per cui, agendo l'ente pubblico gestore secondo tali moduli, deve escludersi che il giudice ordinario che gli ordini l'espletamento della prestazione incorra nel divieto di imporre un *facere* alla Pa, previsto dall'articolo 4 della legge 2248/1865". Così MARI, *Il diritto alla salute non si affievolisce*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2004, 12, 81.

⁷⁹ Invero, "l'idea che i principi costituzionali sono sempre oggetto di ponderazione anziché di applicazione, o peggio che possono essere ponderati con principi morali inventati dai giudici, genera evidentemente un pericolo, del quale non sempre i suoi sostenitori sembrano consapevoli, per l'indipendenza della giurisdizione e per la sua legittimazione politica. Se infatti si sostiene che i giudici non devono limitarsi a interpretare le norme di diritto positivo ma sono abilitati a crearle essi stessi, sia pure attraverso il bilanciamento dei principi, allora viene minata la separazione dei poteri. E in tempi come gli attuali - di crescente tensione tra potere politico e potere giudiziario e di insofferenza del primo per i controlli di legalità esercitati dal secondo - la teorizzazione di una simile potestà normativa dei giudici rischia di offrire un potente argomento a sostegno della loro investitura politica, tramite la loro elezione, o peggio la loro collocazione alle dipendenze dal potere esecutivo". Così FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, 03, 2791.

⁸⁰ In tal senso v. AICARDI, *La sanità*, cit., in CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 383.

⁸¹ "In relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, che configura un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopprimibili, a fronte delle quali è configurabile

In tal contesto, consolidato è l'indirizzo secondo il quale la tutela del diritto alla salute, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni, «non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone» ancorché, però, le «esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»⁸³.

Ne deriva, quindi, che è compito precipuo dello Stato-apparato provvedere alla predisposizione dei mezzi necessari per consentire una tutela effettiva del diritto alla salute dei propri cittadini all'interno del proprio territorio.

Diversamente, però, l'assistenza sanitaria agli italiani all'estero costituisce oggetto di una disciplina specifica rispetto a quella che regola l'assistenza a favore di coloro che si trovano nel territorio dello Stato. Specificità che deriva dal fatto che il servizio sanitario, come in genere i servizi pubblici, incontra di norma i limiti territoriali propri dello Stato, sicché le prestazioni vengono erogate direttamente mediante strutture pubbliche organizzate nel territorio oppure da soggetti con i quali le pubbliche amministrazioni stipulano convenzioni⁸⁴.

Ciò non può non riflettersi sulla disciplina delle condizioni al ricorrere delle quali è subordinato il diritto alle prestazioni e sul tipo, entità e modalità della loro erogazione e, quindi, anche sui criteri cui ci si attiene nell'operare il bilanciamento di cui si è detto tra tutela del diritto alla salute ed esigenze dello Stato di natura finanziaria e, più in generale, organizzativa⁸⁵.

Tali considerazioni spiegano perché il legislatore, nel disciplinare l'assistenza agli italiani all'estero, abbia richiesto che la presenza all'estero fosse motivata da ragioni di lavoro o da particolari motivi di studio (fruizione di borse di studio) ritenendo che, in tali casi, l'espatrio realizzasse non soltanto l'interesse individuale dei singoli, ma anche un interesse generale e, come tale, meritevole di trattamenti idonei a non ostacolarlo⁸⁶.

Ragioni diverse, ma pur sempre ispirate a valutazioni di interesse generale, sono alla base della normativa impugnata rispetto alla quale, mediante l'ordinanza di rimessione alla Consulta, si postulava l'opportunità dell'integrazione del precetto al fine di renderlo conforme ai valori scolpiti all'interno della Carta Fondamentale⁸⁷.

Orbene, dalla disamina del tenore letterale della disciplina oggetto di censura, emerge chiaramente che il legislatore, preso atto della impossibilità o della eccessiva onerosità di

soltanto un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni. in assenza, però, di dette condizioni e allorché non vengano denunciati pregiudizi alla salute - anche in termini di aggravamenti o di non adeguata guarigione - la domanda volta a ottenere le dovute prestazioni con modalità di più comoda ed agevole praticabilità per il paziente di quelle apprestate dalla pubblica amministrazione, ha come presupposto una situazione soggettiva di interesse legittimo stante la discrezionalità riconosciuta alla autorità amministrativa di soddisfare tempestivamente le esigenze del richiedente scegliendo tra le possibili opzioni praticabili - anche attraverso una opportuna integrazione tra le potenzialità delle strutture pubbliche con quelle private convenzionate - la soluzione reputata più adeguata alla finalità di piena efficienza del servizio sanitario". Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 1 agosto 2006 n. 17462.

⁸² A tal proposito, il giudice *a quo* richiamava la [sentenza della Corte costituzionale n. 309 del 1999](#), con la quale, scrutinando una questione sollevata in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., fu dichiarata «l'illegittimità costituzionale degli articoli 37 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del Servizio sanitario nazionale), e 1 e 2 del d.P.R. 31 luglio 1980, n. 618 (Assistenza sanitaria ai cittadini italiani all'estero), nella parte in cui, a favore dei cittadini italiani che si trovano temporaneamente all'estero, non appartengano alle categorie indicate nell'art. 2 del medesimo decreto e versano in disagiate condizioni economiche, non prevedono forme di assistenza sanitaria gratuita da stabilirsi dal legislatore». Sul punto cfr. [Corte costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354](#).

⁸³ In questo senso, *ex plurimis*: [Corte costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354](#); [Corte costituzionale sentenza 26 settembre – 16 ottobre 1990, n. 455](#); [Corte costituzionale sentenza 7 – 17 luglio 1998 n. 267](#); [Corte costituzionale sentenza 13 – 20 novembre 2000 n. 509](#); [Corte costituzionale sentenza 5 – 17 luglio 2001 n. 252](#); [Corte costituzionale sentenza 07 dicembre 2005 n. 432](#).

⁸⁴ Cfr. artt. 19 e 25 della l. n. 833/78.

⁸⁵ Cfr. [Corte costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354](#).

⁸⁶ Cfr. [Corte costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354](#).

⁸⁷ Cfr. [Corte costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354](#).

predisporre nel territorio nazionale strutture di altissima specializzazione in grado di fornire particolari prestazioni o della impossibilità di assicurare un'organizzazione tale da fornire, per ogni evenienza, in tempo utile, le necessarie terapie, ha previsto la facoltà per i cittadini residenti in Italia di recarsi all'estero in luoghi dove sia possibile fruire delle prestazioni richieste dal caso sotto i profili qualitativo e temporale, sia pure entro determinati limiti e a precise condizioni⁸⁸.

Secondo un diverso approccio, desumibile dalla [sentenza della Consulta n. 309 del 1999](#), rilevarebbe, invece, un principio generale secondo il quale, ogni qual volta sia in pericolo il nucleo essenziale del diritto alla salute, il cittadino italiano, anche se si trovi all'estero, quali che siano le ragioni che l'abbiano indotto all'espatrio, abbia comunque diritto ad ottenere che il costo delle necessarie prestazioni sanitarie sia sostenuto dal servizio sanitario nazionale o, quanto meno, sia in parte coperto con il contributo di questo.

In realtà, è stato chiarito, *“la suddetta pronuncia è stata emessa sul fondamento che l'art. 32, comma primo, Cost. «garantisce cure gratuite agli indigenti» e in considerazione del fatto che, per costoro, l'insufficienza delle condizioni economiche, unitamente alla mancata previsione del diritto di ottenere il rimborso delle spese necessarie, potrebbe determinare l'impossibilità di procurarsi le indispensabili prestazioni sanitarie e risolversi, quindi, in un pregiudizio diretto e immediato del diritto alla salute. Infatti, in essa la Corte ha precisato come il richiedere, anche per gli indigenti (nel senso suddetto), che la presenza all'estero fosse motivata da ragioni di lavoro o da particolari ragioni di studio avrebbe costituito «aggravamento di una condizione materiale negativa; aggravamento che al legislatore è vietato introdurre»⁸⁹.*

In definitiva, da ciò deriva che, alla stregua dell'art. 32 Cost., non può essere affermato in modo assoluto il principio secondo il quale, in caso di gravità della malattia e di urgenza dell'intervento terapeutico, il costo di quest'ultimo deve essere rimborsato pure a coloro che non si trovino in una condizione di indigenza anche in senso relativo⁹⁰.

In una diversa prospettiva opera, invece, il diritto al conseguimento del rimborso delle spese sostenute da parte dell'individuo (che versi in una condizione di sofferenza psicofisica e non possa usufruire delle cure necessarie all'interno del proprio Paese in tempi ragionevoli) secondo il giudice comunitario⁹¹.

A prescindere, cioè, dalle personali condizioni economico/patrimoniali dei pazienti, l'attenzione si focalizza su di un diverso profilo attinente, in particolare, all'accertamento, in concreto, della situazione di emergenza sanitaria in cui versi il richiedente ovvero della necessità, in alcun altro modo sopperibile, della somministrazione del farmaco ai fini terapeutici.

⁸⁸ Cfr. [Corte costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354](#).

⁸⁹ Così [Corte costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354](#), che continua precisando: “Per altro verso, dalla sentenza richiamata non si ricava l'equiparazione dei motivi del soggiorno al di fuori del territorio nazionale diversi da quelli di lavoro o di studio a questi ultimi, ma soltanto che ai primi non è consentito «collegare una aprioristica valutazione negativa», tale da escludere qualsiasi intervento pubblico anche nel caso di persona indigente”.

⁹⁰ Cfr. [Corte costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354](#).

⁹¹ È pur vero, però, che usualmente la giurisprudenza nazionale si allinea all'orientamento maturato in sede comunitaria; in tal senso va segnalato come la giurisprudenza della Suprema Corte, in materia di tutela del malato, ricalchi, in grandi linee, quella comunitaria che - pur riconoscendo che gli artt. 59 e 60 del Trattato CE (coincidenti, a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam, con gli artt. 49 e 50) non sono violati dalla normativa di uno Stato membro, che subordina alla previa autorizzazione della cassa malattia di appartenenza il rimborso delle spese sostenute dall'assicurato per il ricovero presso un Istituto ospedaliero situato in altro stato membro - ha affermato che l'autorizzazione non può essere negata quando risulti che il trattamento sanitario considerato assuma i caratteri dell'“usualità” (nel senso che sia adeguatamente provato e riconosciuto dalla scienza medica internazionale), e dalla “necessità” (nel senso che non sia possibile ottenere definitivamente un trattamento identico che presenti lo stesso grado di efficacia presso un istituto che abbia concluso una convenzione con la cassa malattia cui fa parte l'assicurato). Sul punto v. Corte di Giustizia, sentenza 12 luglio 2001, causa C-157/99; Corte di Cassazione., Sez. Un., sentenza 30 maggio 2005 n. 11334. Sul punto, è stato peraltro precisato che la suddetta autorizzazione non possa essere rifiutata sempre che le cure in questione figurino tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro nel cui territorio risiede l'interessato e sempre che un trattamento identico (o con lo stesso grado di efficacia) non possa essere temporaneamente ottenuto nel territorio dello Stato. In tal senso v. Corte di Giustizia, sentenza 23 ottobre 2003, causa C-56/01.

Ed infatti, seppur è vero che il diritto comunitario consente agli Stati membri di limitare la libera prestazione dei servizi medico-ospedalieri, “*qualora la conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale sia essenziale per la sanità pubblica o addirittura per la sopravvivenza della popolazione e che, a tale scopo, può essere imposto l'obbligo di una previa autorizzazione per la fruizione di cure all'estero*”⁹², ciononostante, un rifiuto di autorizzazione da parte dell'autorità sanitaria dello Stato membro d'origine, però, non può essere fondato sulla sola esistenza di liste d'attesa destinate a programmare e a gestire l'offerta ospedaliera in funzione di priorità cliniche prestabilite in termini generali, senza che ci sia stata una specifica valutazione medica della situazione clinica del paziente⁹³.

In particolare, un regime di previa autorizzazione deve essere comunque basato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali⁹⁴.

Da ciò comunque consegue che quando il tempo di attesa derivante da tali liste è eccessivo, l'istituzione competente non può in alcun modo rifiutare l'autorizzazione, fondandosi su motivi relativi alle esigenze di equilibrio finanziario del sistema interno, perché ciò si tradurrebbe in un'ingiustificata pretermissione di un diritto inviolabile della persona a fronte del quale certamente recedono interessi di natura squisitamente economico/patrimoniale.

Sotto il profilo della giurisdizione⁹⁵, poi, nel tempo, è stato possibile registrare la confluenza di differenti opzioni ermeneutiche che hanno radicato ora il capo al G.O., ora innanzi al G.A., la cognizione delle controversie sorte tra l'amministrazione ed il cittadino aventi ad oggetto, essenzialmente, l'accesso e/o comunque la fruizione di trattamenti sanitari, somministrazione di farmaci e percorsi terapeutici in genere⁹⁶.

Si sono così sovrapposte almeno tre diverse soluzioni⁹⁷; in base alla prima impostazione, risalente nel tempo e coerente con la teorica dei diritti inaffievolibili, il contenzioso in cui sia direttamente investito il diritto alla salute del singolo non può che essere devoluto alla cognizione del G.O., giudice naturale dei diritti, perché la salute è, per definizione, una posizione giuridica soggettiva fondamentale insuscettiva di subire alcun effetto di degradazione a mero interesse legittimo a fronte della spendita di potere pubblicistico.

⁹² Così Corte di Giustizia delle Comunità Europee – Grande Sezione – Sentenza 16 maggio 2006 - -Causa C-372/04.

⁹³ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee – Grande Sezione – Sentenza 16 maggio 2006 - -Causa C-372/04. Per un commento sulla vicenda v. CASTELLANETA, *I tempi non possono essere prefissati ma vanno calcolati sul singolo caso*, in *Guida al Diritto*, 2006, n. 23, 114 ss.

⁹⁴ Invero, “l'autorizzazione alle cure in centri extra regionali o non convenzionati non è atto automatico e dovuto, bensì è espressione di discrezionalità decisionale, poiché comporta comunque una valutazione dei presupposti per la concessione dell'autorizzazione. Il potere autorizzatorio del soggetto pubblico ha per effetto di attribuire alla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio l'indubbia consistenza di interesse legittimo, così radicando la giurisdizione del giudice amministrativo per tutte le controversie aventi ad oggetto l'illegittimità dei dinieghi di autorizzazione al rimborso di spese sanitarie”. Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

⁹⁵ Com'è noto, secondo un consolidato orientamento, “la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, a tal fine, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il cosiddetto “*petitum sostanziale*”, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice ma anche e soprattutto in funzione della “*causa petendi*”, ossia della intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico di cui essi sono manifestazione e dal quale la domanda viene identificata. L'applicazione, ai fini del riparto della giurisdizione, del suddetto criterio implica senza dubbio l'apprezzamento di elementi che attengono anche al merito (con la conseguenza che la Corte di cassazione è in materia anche giudice del fatto) ma non comporta che la statuizione sulla giurisdizione possa confondersi con la decisione sul merito né, in particolare, che la decisione possa essere determinata “*secundum eventum litis*”. Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 01 agosto 2006, n. 17461.

⁹⁶ Per una approfondita disamina, in termini generali, dei criteri di riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A. v. CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2011, Milano, 109 ss.

⁹⁷ Per un'ampia disamina della questione v. GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto, cit.*, 1770 ss. Per una sintesi delle diverse opzioni ricostruttive v. NATALINI, *Emergenza rifiuti in Campania e diritto alla salute: sulle scelte commissariali in materia di discariche decide (sempre) il giudice amministrativo*, in *Diritto & Giustizia*, 2008, 02, 5 ss.

Diversamente, secondo altra opzione, la giurisdizione dovrebbe essere determinata secondo che il diritto alla salute venga in considerazione nella sua declinazione di libertà negativa, ovvero positiva; più nel dettaglio, laddove si controverta in ordine al diritto del singolo a non essere sottoposto a trattamenti sanitari per i quali non voglia manifestare valido consenso, appare evidente come si assista alla configurabilità del diritto alla salute alla stregua di posizione giuridica soggettiva intangibile, vero e proprio diritto resistente a tutt'oltranza la cui tutela, per tale ragione, non può che competere, appunto, al giudice naturale dei diritti⁹⁸. Laddove, invece, la controversia abbia ad oggetto il conseguimento di prestazioni sanitarie richieste dal cittadino e negate dalla P.A., il diritto alla salute non appare insuscettivo di affievolimento perché, in considerazione della compresenza di ulteriori interessi (costituzionalmente rilevanti) in gioco, (ad esempio connessi agli stringenti vincoli di bilancio), si assiste, in ossequio al principio di legalità, all'esercizio di un potere discrezionale di apprezzamento a fronte del quale la posizione giuridica soggettiva vantata dal privato non può che assumere la consistenza di mero interesse legittimo⁹⁹.

Da qui la giurisdizione generale di legittimità del G.A.¹⁰⁰.

Più propriamente, si è detto che, partendo dal presupposto della incontestabilità dell'esistenza di un nucleo di diritti che la carta Costituzionale considera, a ragione, "fondamentali", in quanto collegati alla sfera personale dell'individuo (salute, libertà e integrità personali, riservatezza), la teoria di un diritto resistente a oltranza all'intervento di qualsivoglia influenza esterna, (prima tra tutte quella della Pubblica Amministrazione), si basa su un duplice erroneo presupposto: quello, sostanziale, dell'esistenza di una contrapposizione tra diritti fondamentali e possibilità della Pubblica Amministrazione di esercitare la propria potestà discrezionale; quello, formale, della inesistenza, all'interno della Costituzione, di meccanismi di contemperamento tra i suddetti diritti asseritamente incompressibili e altri "interessi", pubblici o privati¹⁰¹.

Trattasi di presupposti, come detto, ritenuti erronei, in quanto basati sulla mancata considerazione che anche un diritto fondamentale ben può soggiacere a (relativa) compressione in ragione della tutela, concorrente, di un altro diritto ritenuto, al pari del primo, altrettanto fondamentale; è del tutto evidente, infatti, che il carattere di assolutezza è dato anche, (e soprattutto), dalla valenza che una determinata situazione assume in un preciso e contingente momento storico, sicché *"se c'è l'interesse dello Stato al perseguimento di determinate finalità di interesse pubblico, non vi è diritto fondamentale che tenga, così che, in una società pluralistica come quella attuale, è impensabile ritenere che esistano diritti inviolabili del singolo tali da rendere quest'ultimo intoccabile anche di fronte a necessari interventi dello Stato a tutela di situazioni diverse, riferibili anche ad altri individui"*¹⁰².

Del resto, è stato anche osservato, la stessa Carta Costituzionale ha in più punti previsto il confronto tra diritti fondamentali e altri interessi attribuendo al Legislatore ordinario il potere e il compito di bilanciare la tutela del singolo con quella dell'interesse pubblico, così aprendo la porta

⁹⁸ Per una disamina dei problemi correlati al rapporto tra modalità di prestazione del consenso ed organizzazione dei servizi sanitari pubblici, v. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari, cit.*, 180 ss.

⁹⁹ Critico, sul punto, è DOGLIOTTI, *Il diritto alla salute cit.*, 988, secondo il quale non si tratterebbe di "una sorta di diritto soggettivo bifronte, che sostanzialmente degrada ad interesse legittimo ogni volta che vengano in considerazione e acquistino rilevanza l'organizzazione interna del Servizio sanitario e le relative politiche economico-sociali a livello nazionale e locale. Se un interesse del soggetto è qualificato come diritto soggettivo perfetto, l'organizzazione interna della pubblica Amministrazione e le scelte politiche dovrebbero evidentemente contare ben poco!".

¹⁰⁰ In termini generali, secondo consolidata opinione maturata in seno alla giurisprudenza amministrativa, può dirsi che "qualora, deducendo vizi tipici dell'atto, venga richiesto l'annullamento di un atto amministrativo emesso da una Regione nell'ambito di una attività discrezionale, sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo anche quando venga prospettata la violazione di diritti fondamentali della persona e anche qualora il privato abbia a disposizione la speciale procedura avverso atti e comportamenti discriminatori di cui all'art. 4 d.lg. 9 luglio 2003 n. 215: detta procedura infatti non è sostitutiva dei mezzi di tutela ordinari, ma rappresenta uno strumento aggiuntivo e ulteriore che va a rafforzare la protezione nel caso di discriminazione". Così T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, sentenza 16 luglio 2009, n. 4392.

¹⁰¹ Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

¹⁰² Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

all'esercizio del potere esecutivo dell'Amministrazione che, *“lungi dal regredire e scomparire in presenza dei diritti cd. inviolabili, si dispiega anche fino al punto di comprimere le posizioni dei singoli, con le medesime caratteristiche e i medesimi contenuti che possiede quando va a scontrarsi, limitandole, con posizioni soggettive non assunte - secondo l'orientamento qui criticato - al rango di diritti fondamentali”*¹⁰³.

Non vi sarebbe dunque alcuna differenza, se non da un punto di vista del concreto atteggiarsi del potere amministrativo, tra l'azione della Pubblica Amministrazione quando interviene in materia di salute del cittadino e quando lo fa in ambiti tradizionalmente considerati al di fuori della sfera protetta dei diritti fondamentali incomprimibili, come, ad esempio, quella dei diritti patrimoniali¹⁰⁴.

Per vero, tale ultima ricostruzione è stata sottoposta a revisione critica; ferma restando, infatti, la cognizione del G.O. in ordine alla tutela del diritto alla salute con riferimento alla sua componente c.d. “oppositiva”, occorre effettuare un distinguo nel caso in cui si debba accertare la legittimità della pretesa avanzata dal privato avente ad oggetto l'erogazione di un determinato trattamento sanitario ovvero la somministrazione di uno specifico farmaco.

In tali ipotesi, cioè, si ritiene che laddove si versi in uno stato di pericolo di vita, ovvero di esposizione del cittadino ad un inutile e perdurante stato di sofferenza conseguente al ritardo ovvero al diniego opposto dalla P.A., la posizione giuridica soggettiva vantata non potrà che assumere la consistenza di diritto soggettivo (inaffievolibile) perfetto, conseguendo da ciò la giurisdizione, anche a fronte della componente c.d. pretensiva del diritto alla salute, del G.O. e residuando la cognizione del G.A. con riferimento alle sole ipotesi in cui non ricorra un pregiudizio imminente ed irreparabile¹⁰⁵.

Tale assunto è stato, però, di recente sconfessato dalla Suprema Corte che ha statuito il principio secondo il quale la giurisdizione spetta al giudice ordinario, sia nel caso in cui siano addotte situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostantive alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione¹⁰⁶, sia nel caso in cui l'autorizzazione sia stata chiesta e si assuma illegittimamente negata¹⁰⁷, giacché viene comunque in considerazione il fondamentale diritto alla

¹⁰³ Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

¹⁰⁴ Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

¹⁰⁵ “Al riguardo è noto l'ormai consolidato indirizzo nomofilattico del Supremo Collegio, puntualmente ricordato dalla Usl nei suoi atti difensivi, secondo cui la discrezionalità amministrativa in materia viene meno ogniqualvolta il richiedente alleghi una situazione d'urgenza, superabile soltanto con la somministrazione di cure immediate non erogate dal servizio sanitario pubblico, trattandosi in tal caso di assicurare tutela ad un diritto assoluto della persona, non suscettibile - in quanto diritto soggettivo perfetto - di esser degradato da eventuali provvedimenti negativi dell'autorità amministrativa (in termini, si veda la recente ordinanza delle Sezioni Unite n. 13548 del 24.6.2005, sul “protocollo Di Bella”, nonché i precedenti arresti del Supremo Giudice della giurisdizione: 26.9.1997, n. 5297; 28.10.1998, n. 10737; 19.2.1999, n. 858; 29.11.1999, n. 837; 10.5.2001, n. 194; 8.8.2001, n. 10965), quand'anche adottati in ossequio ad altri (recessivi) interessi di rilevanza costituzionale (come quello alla corretta gestione del denaro pubblico; in argomento, v. l'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 11334 del 30.5.2005)”. Così Consiglio di Stato, sentenza 11 gennaio 2006 n. 35.

¹⁰⁶ “Costituisce *ius receptum* la regola di riparto della giurisdizione secondo cui la domanda dell'assistito dal Servizio sanitario nazionale di rimborso di spese effettuata presso una struttura privata o all'estero, senza preventiva autorizzazione, per cure o interventi in tesi (con salvezza, evidentemente, dell'accertamento sul fondamento di merito della domanda) urgenti e non ottenibili dal servizio pubblico, fa valere una posizione creditoria correlata al diritto alla salute, per sua natura non suscettibile di essere affievolito dal potere di autorizzazione, ed inoltre, quanto al requisito dell'urgenza, coinvolge meri apprezzamenti tecnici della P.A., non valutazioni discrezionali in senso stretto, cosicché la relativa controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario (in termini, da ultimo, Cass. S.u. 15897/del 2006; vedi anche Cass. S.u. 23735/2006 e 17461/2006)”. Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 09 marzo 2007 n. 5402.

¹⁰⁷ “In sede di richiesta di autorizzazione per cure da prestare all'estero, l'autorità sanitaria competente è unicamente tenuta a verificare dopo aver verificato esattamente la natura della prestazione sanitaria richiesta, se quest'ultima sia offerta dal Servizio sanitario nazionale, accordando in caso contrario all'assistito, in assenza di altre circostanze ostantive, l'autorizzazione a recarsi all'estero per ivi ottenere le cure necessarie. Non è invece compito dell'autorità sanitaria sindacare in via autonoma l'efficacia della terapia prescelta, a meno che essa non esorbiti manifestamente dal novero delle cure riconosciute dalla scienza medica al momento della domanda”. Così Consiglio di Stato, sentenza 11 gennaio 2006 n. 35.

salute¹⁰⁸, non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica riconosciuta alla P.A. in ordine all'apprezzamento della sussistenza dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni¹⁰⁹.

Tale conclusione appare suffragata da un articolato ragionamento, ricco di argomentazioni, che merita, ancorché brevemente, di essere evidenziato.

Nel tempo, la giurisdizione del giudice ordinario, relativamente alle domande di rimborso delle spese sanitarie sostenute da un cittadino italiano all'estero senza aver ottenuto una preventiva autorizzazione dalla competente amministrazione, è stata quasi sempre correlata al rilievo che, *“in caso di ricovero per motivi di urgenza rappresentati dal pericolo di vita o da possibilità di aggravamenti della malattia o di non adeguata guarigione, oggetto della domanda è la tutela del diritto primario e fondamentale alla salute garantito dall'art. 32 Cost., il cui necessario contemperamento con altri interessi, pure costituzionalmente garantiti, come le risorse disponibili del servizio nazionale sanitario, non vale a sottrargli la consistenza di diritto soggettivo perfetto”*¹¹⁰.

Coerentemente, s'è anche affermato che, negli altri casi, (ovvero solo se non ricorra una situazione di necessità ed urgenza) alla pubblica amministrazione è riconosciuto *“un potere autorizzativo discrezionale nel valutare sia le esigenze sanitarie di chi chieda una prestazione del Servizio sanitario nazionale sia le proprie disponibilità finanziarie, si che il richiedente risulta titolare di un mero interesse legittimo”*¹¹¹.

Così, anche le pronunce che, secondo la massima ufficiale, sembrerebbero avallare a prima lettura la tesi dell'esclusione dell'affievolimento del diritto tutte le volte che venga in considerazione il diritto alla salute, concernono in realtà fattispecie nelle quali sussisteva, in tesi, l'urgenza che aveva impedito la richiesta di preventiva autorizzazione¹¹².

¹⁰⁸ Per una ricostruzione dell'ampio dibattito maturato nel corso del tempo sul punto v. VAGLI, *Cure ed interventi sanitari eseguiti all'estero in centri di alta specializzazione: diritto soggettivo od interesse legittimo?*, in http://www.lexitalia.it/articoli/vagli_cure.htm.

¹⁰⁹ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 06 febbraio 2009, n. 2867. Invero, la giurisprudenza amministrativa sembra però perorare una diversa opzione ricostruttiva secondo la quale *“in materia di diritti non affievolibili, il criterio di riparto della giurisdizione non dipende dalla natura inviolabile della posizione soggettiva, quanto piuttosto dalla esistenza di una disposizione legislativa che stabilisca condizioni, contenuti e limiti di intervento della p.a., anche in ambiti di materia tradizionalmente ritenuti prettamente tecnici: infatti, in presenza di un criterio di comportamento tra diritti fondamentali e potere dell'amministrazione si da attribuire all'interesse vantato dal privato natura pretensiva, non può che ritenersi che il provvedimento sia in grado di produrre l'effetto degradatorio da diritto soggettivo ad interesse legittimo, così radicando la giurisdizione del giudice amministrativo secondo l'ordinario criterio di riparto allorché il ricorrente prospetti che la sua lesione costituisca l'effetto della mancata attivazione di poteri tecnico discrezionali spettanti alla p.a.”*. Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

¹¹⁰ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 30 maggio 2005 n. 11333; Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 30 maggio 2005 n. 11334; Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 28 giugno 2006 n. 14848.

¹¹¹ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 24 giugno 2005 n. 13548.

¹¹² E' il caso di Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 09 marzo 2007 n. 5402, nella quale si afferma che l'allegazione dell'urgenza *“è sufficiente, in base al criterio del petitum sostanziale, per ritenere che sia stato azionato un diritto soggettivo di credito, siccome costituisce ius receptum la regola di riparto della giurisdizione secondo cui la domanda dell'assistito dal Servizio sanitario nazionale di rimborso di spese effettuata presso una struttura privata o all'estero, senza preventiva autorizzazione, per cure o interventi in tesi (con salvezza, evidentemente, dell'accertamento sul fondamento di merito della domanda) urgenti e non ottenibili dal servizio pubblico, fa valere una posizione creditoria correlata al diritto alla salute, per sua natura non suscettibile di essere affievolito dal potere di autorizzazione, ed inoltre, quanto al requisito dell'urgenza, coinvolge meri apprezzamenti tecnici della P.A., non valutazioni discrezionali in senso stretto, cosicché la relativa controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario l'in termini, da ultimo, Cass. S.U. 15897/2006; vedi anche Cass. S.U. 23735/2006 e 17461/2006”*. Nello stesso senso v. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 09 agosto 2000 n. 558, nella quale testualmente si afferma: *“che, poi, l'amministrazione adita dal privato per il rimborso della spesa sostenuta debba apprezzare la gravità e l'urgenza, eventualmente secondo criteri di discrezionalità tecnica, non basta ad alterare la consistenza del diritto soggettivo, giacché l'inosservanza di criteri tecnici nell'accertamento della concreta sussistenza di una posizione soggettiva non esprime alcun potere di supremazia, tanto da essere consueta anche nei rapporti interprivati, e non comporta, quindi, in quelli pubblici, alcun fenomeno di affievolimento. Il che è da confermare, con riguardo al diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost., che la Corte costituzionale definisce (v. sent. n. 992 del 1988) come diritto primario e fondamentale, senza tuttavia escludere*

Invero, il fulcro di tali pronunce va, però, essenzialmente ravvisato nel rilievo secondo il quale il contemperamento del primario e fondamentale diritto alla salute con altri interessi, a loro volta costituzionalmente protetti, non è sufficiente a sottrargli la consistenza di diritto soggettivo perfetto e che quella consistenza non può essere alterata neppure dall'apprezzamento della gravità ed urgenza da parte della pubblica amministrazione secondo criteri di discrezionalità tecnica¹¹³.

Dalla disciplina di settore¹¹⁴, poi, si desume chiaramente che, in ordine alla possibilità che gli interventi terapeutici siano adeguatamente e tempestivamente erogati in Italia dalle strutture sanitarie pubbliche o convenzionate con il servizio sanitario nazionale, per il tipo di valutazioni da compiere (sussistenza dei presupposti sanitari e per la qualifica di chi è chiamato a farle (medici), l'apprezzamento dell'amministrazione sia esclusivamente tecnico e non discrezionale in senso stretto¹¹⁵, non implicando l'esercizio di alcun potere di supremazia¹¹⁶.

“Ne discende univoca la conclusione che, in materia di richiesta di rimborso delle spese sanitarie sostenute dai cittadini residenti in Italia presso centri di altissima specializzazione all'estero per prestazioni che non siano ottenibili in Italia tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico¹¹⁷, la giurisdizione spetta al giudice ordinario sia nel caso che siano adottate situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostantive alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione, sia nel caso che l'autorizzazione sia stata chiesta e che si assuma illegittimamente negata, giacché viene comunque in considerazione il fondamentale diritto alla salute, non suscettibile di essere affievolito dalla discrezionalità meramente tecnica dell'amministrazione in ordine all'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni”¹¹⁸.

3.2 Potestà amministrativa ed organizzazione del servizio sanitario: profili sostanziali e di giurisdizione. – Sempre in ordine, poi, alla delimitazione della linea di confine tra la giurisdizione del G.A. e quella del G.O. in materia di diritto alla salute, un importante banco di prova è stato sicuramente rappresentato dalla controversia introitata davanti al giudice amministrativo ed avente ad oggetto l'impugnazione dell'atto di indirizzo (c.d. linee guida Sacconi) adottato sul finire del 2008 dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali pro tempore, rivolto a richiamare principi di carattere generale, al fine di garantire uniformità di trattamenti di base su tutto il territorio nazionale e di rendere omogenee le pratiche in campo sanitario (con riferimento a profili

che esso debba essere contemperato con altri interessi, a loro volta costituzionalmente protetti, quali le risorse finanziarie disponibili dal Servizio nazionale, e possa essere, quindi, limitato con leggi, regolamenti o atti amministrativi generali (sent. n. 247 del 1992), che non sono, comunque, sufficienti a sottrargli la consistenza di diritto soggettivo perfetto. Quest'orientamento (a conferma del quale cfr. altresì Cass., sez. un., 29 novembre 1999, n. 837, Id., 19 febbraio 1999, n. 85, Id., 28 ottobre 1998, n. 10737, Id., 26 settembre 1997, n. 9477, Id., 12 giugno 1997, n. 5297, applicative di identici principi anche alle spese sostenute all'estero), deve essere confermato, non emergendo elementi che inducano a discostarsene. Esso, inoltre, appare di persistente coerenza con la normativa di settore, pur dopo la riforma attuata col D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, come modificato dal D.Lgs. 19 giugno 1999, n. 229”.

¹¹³ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 06 febbraio 2009, n. 2867.

¹¹⁴ Cfr. D.M. Sanità 3 novembre 1989.

¹¹⁵ Invero, secondo Tribunale di Lunusei, sentenza 01 aprile 2008, “rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non solo quei rapporti che abbiano una fonte provvedimentale, ma anche quelli che siano sottratti all'applicabilità integrale del diritto privato e presuppongano un provvedimento autorizzatorio, seppur di natura vincolata. - Pertanto - rientra nella giurisdizione esclusiva del g.a. la controversia avente ad oggetto il preteso concorso pubblico nella spesa sanitaria sostenuta all'estero, preceduta da un'istanza in tal senso formulata, in base ad un meccanismo legale predisposto dalla legislazione regionale, coinvolgente profili misti di diritto e di interesse alla legittimità della procedura, in cui il “*petitum*” - accertamento del diritto previo esame dell'illegittimità del provvedimento negativo - attiene all'assunto cattivo uso del potere”. Per un commento sulla vicenda v. Aciri, *In tema di autorizzazione ad usufruire di cure all'estero e riparto di giurisdizione. la tutela dei diritti fondamentali può essere affidata al giudice amministrativo?*, in *Giur. Merito*, 2008, 12, 3276 ss.

¹¹⁶ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 06 febbraio 2009, n. 2867.

¹¹⁷ Cfr. L. 23 ottobre 1985, n. 595 e D.M. Sanità 3 novembre 1989.

¹¹⁸ Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 06 febbraio 2009, n. 2867.

essenziali come la nutrizione e l'alimentazione) nei confronti degli esseri umani che si trovano in Stato Vegetativo Persistente.

In particolare, partendo dal presupposto secondo il quale alle persone che versano in Stato Vegetativo Persistente va garantito il sostentamento ordinario di base, ovvero la nutrizione e l'idratazione, sia che siano fornite per vie naturali che per vie non naturali o artificiali, si invitavano le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano ad adottare le misure necessarie affinché le strutture sanitarie pubbliche e private dislocate all'interno dei rispettivi territori si uniformassero al suddetto indirizzo.

Impugnato davanti al T.A.R. Lazio il citato provvedimento ministeriale da parte del Movimento Difesa del Cittadino Mdc, sono state sollevate da parte resistente numerose eccezioni processuali fra le quali anche quella di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo sotto vari profili: in senso assoluto, per insussistenza della natura provvedimentale dell'atto impugnato e di una situazione soggettiva tutelabile; in senso relativo, per l'assoluta discrezionalità del potere esercitato e perché il ricorso era volto alla tutela del diritto soggettivo della salute, assoluto ed inviolabile¹¹⁹.

Orbene, pur considerando che, secondo la prevalente giurisprudenza, nell'ordine di esame delle questioni pregiudiziali, quella attinente la giurisdizione deve precedere ogni altra preliminare valutazione poiché anche le statuizioni sul rito costituiscono manifestazione di esercizio del potere giurisdizionale, di pertinenza esclusiva del giudice dichiarato competente a conoscere della controversia¹²⁰, il giudice di prime cure ha ritenuto opportuno valorizzare un diverso orientamento secondo il quale non mancano in giurisprudenza esempi in cui sono state esaminate questioni preliminari (ad esempio, attinenti all'interesse a ricorrere) prima della verifica della (ed a prescindere dalla) sussistenza della giurisdizione¹²¹ e, per tale ragione, ha affrontato in prima battuta il problema dell'accertamento della legittimazione processuale dell'associazione ricorrente a censurare un provvedimento amministrativo in tesi non riconducibile alla sfera di competenza (*rectius*: alle materie ed agli ambiti di interessi tutelati in base allo statuto da parte) del Movimento Difesa del Cittadino.

L'occasione si è rivelata propizia per affermare, ancora una volta, come la tutela degli interessi diffusi e/o collettivi da parte di formazioni sociali intermedie tra Stato e cittadino costituisce un valore primario dell'ordinamento perché, in definitiva, conferisce uno strumento ulteriore di difesa dei diritti fondamentali della persona a fronte di possibili pregiudizi correlati all'esercizio dei pubblici poteri, l'unico limite essendo rappresentato dalla coerenza delle finalità statutarie perseguite da parte della singola formazione sociale rispetto all'assetto di interessi potenzialmente inciso dal provvedimento amministrativo ritenuto lesivo¹²².

¹¹⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sentenza 12 settembre 2009 n. 8650.

¹²⁰ Cfr. *ex multis*: Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 30 gennaio 2009 n. 519; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 20 settembre 2006 n. 5528; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 27 dicembre 2006 n. 7877; TAR Lazio RM, sez. III, sentenza 05 novembre 2007 n. 10894; TAR Valle d'Aosta, sentenza 22 gennaio 1999 n. 5.

¹²¹ Cfr. *ex multis*: TAR Lazio Latina, sentenza 14 febbraio 2006 n. 145; TAR Lazio Latina, sentenza 22 giugno 2005 n. 557; TAR Liguria, sez. II, sentenza 12 giugno 1997 n. 216.

¹²² "Iscritta nell'elenco istituito ex articolo 137 del D. Lgs. n. 206 del 2005 presso il Ministero delle attività produttive, il Movimento di difesa del cittadino opera, ex articolo, 2 lettera g) del suo Statuto, per "la tutela e la salute delle persone e del rispetto dei diritti del malato e della sua famiglia, anche nei rapporti con le strutture sanitarie pubbliche e private e con le aziende produttrici e distributrici di prodotti e servizi destinati alla salute delle persone". Agendo la medesima, nel caso di specie, avverso un atto indirizzato alle Regioni e teso a garantire un'uniformità di azione nel campo dell'assistenza sanitaria da parte di tutte le strutture sanitarie pubbliche e private, avverso un atto destinato, quindi, ad incidere direttamente sulle prestazioni che riguardano il malato che ne resta immediatamente coinvolto, lo stesso deve ritenersi rientrate nell' ipotesi contemplata nella lettera g) prima esposta. Ne consegue che l'associazione ricorrente risulta titolare della legittimazione ad agire". Così, più in generale, in materia di difesa degli interessi diffusi e/o collettivi v. *ex multis*: LOPOMO, *La tutela degli interessi diffusi nella più recente evoluzione normativa e giurisprudenziale con particolare riferimento alle associazioni di consumatori*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 04, 1511 ss.; PAU, *Brevi note sulla legittimazione ad agire delle organizzazioni sindacali per la tutela di interessi collettivi*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 03, 611 ss.; CONTALDO, *Gli interessi diffusi: legittimazione attiva al procedimento amministrativo ma non al processo*, in *Giur. Merito*, 1997, 02, 366 ss.

Interessante, è poi, la disamina della questione concernente la natura giuridica dell'atto impugnato; ed infatti, secondo parte resistente, il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile perché il provvedimento censurato avrebbe dovuto essere apprezzato alla stregua di atto meramente ricognitivo delle disposizioni esistenti ovvero interpretativo dei principi e delle previsioni esistenti; in entrambe le ipotesi avrebbe comunque dovuto essere considerato inidoneo a produrre una qualunque lesione di interessi giuridicamente rilevanti.

Invero, il giudice di prime cure ha ritenuto che l'atto censurato, (con il quale si richiama la necessità di comportamenti uniformi, che l'amministrazione sosteneva essere già esattamente previsti all'interno di provvedimenti colà menzionati), fosse in realtà un atto prescrittivo e innovativo sul piano dell'ordinamento positivo atteso che trasforma in obbligo di comportamento il contenuto di pareri e di proposte di disposizioni non ancora entrate a far parte del quadro normativo di settore invitando le Regioni ad agire di conseguenza¹²³.

In ogni caso, anche laddove lo si volesse intendere come atto interpretativo di principi esistenti, teso a garantire uniformità di trattamento su tutto il territorio nazionale, l'atto rivelerebbe comunque il suo contenuto potenzialmente lesivo. Richiamare, infatti, soltanto uno dei significati estraibili dai suddetti principi e pervenire alla loro applicazione omogenea sul territorio vuol dire che soltanto uno dei possibili significati viene prescelto divenendo, in tal modo, efficace per tutti i soggetti operanti nell'ambito del comparto Sanità¹²⁴.

Acclarata la natura di atto innovativo e prescrittivo (e, quindi, potenzialmente lesivo) del provvedimento impugnato, il G.A. affronta, quindi, l'eccezione di difetto di giurisdizione introducendo per tale via valutazioni che contribuiscono di certo ad arricchire il già ben nutrito panorama ermeneutico entro cui si iscrive la più generale problematica dell'individuazione delle tecniche e degli strumenti di difesa dei diritti fondamentali della persona a fronte dell'esercizio di potestà d'imperio o, comunque, a fronte della spendita di pubblici poteri che, anche solo in via di fatto, possono pregiudicare la consistenza dei diritti inviolabili e/o resistenti a tutt'oltranza.

Invero, sulla base della legislazione emanata in ambito sanitario¹²⁵ e sulla scorta del più recente orientamento maturato in giurisprudenza, *“il sistema giuridico si caratterizza attualmente in materia di autodeterminazione consapevole del paziente per una soglia particolarmente elevata dei consensi ai trattamenti sanitari, sostenuta da uno scopo di rango elevato qual è il diritto alla salute. È proprio questa soglia che qualifica il rapporto fra medico e paziente imponendo al medico di non attribuire alle sue valutazioni e decisioni, per quanto oggettivamente dirette alla salvaguardia del diritto alla salute del paziente, una forza di giustificazione dell'intervento che esse di per sé sole non hanno o, meglio, non hanno più come in passato - giacché devono rapportarsi con un altro diritto di rango costituzionale qual è quello della libertà personale che l'art. 13 qualifica come inviolabile”*¹²⁶.

Ritenuto, altresì, che *“nel caso del diritto alla salute o di altri diritti essenziali di pari rango a causa del carattere esistenziale di inerenza alla persona che essi rivestono, la rilevanza centrale del principio di autodeterminazione vale a qualificarli come veri e propri diritti di libertà – e che da ciò – ne discende che ogni soggetto leso nella sua integrità psico-fisica non ha solo il diritto di essere curato, ma vanta una pretesa costituzionalmente qualificata di essere curato nei termini in cui egli stesso desidera, spettando solo a lui decidere a quale terapia sottoporsi o, eventualmente, a quale struttura più idonea affidare le sue aspettative di celere e sicura guarigione”*¹²⁷, il giudice di

¹²³ “Deve ritenersi, allora, che lo stesso non possa essere ritenuto “inidoneo a produrre alcuna lesione” in quanto meramente ricognitivo”. Così T.A.R. Lazio, Roma, sentenza 12 settembre 2009 n. 8650.

¹²⁴ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sentenza 12 settembre 2009 n. 8650.

¹²⁵ Cfr. art. 33, l. n. 833/78 che qualifica i trattamenti sanitari come, di norma, volontari.

¹²⁶ Così Tribunale Milano, sez. V, sentenza 16 dicembre 2008, n. 14883.

¹²⁷ Così Tribunale Nola, sez. II, sentenza 22 gennaio 2009, n. 213 che continua precisando che “tali principi, già direttamente evincibili dalla nostra carta costituzionale, hanno trovato piena attuazione nel D.lgs. n. 502 del 1992 di riforma del nostro sistema sanitario, laddove, essendosi aperto definitivamente il mercato delle prestazioni sanitarie ai produttori privati attraverso il sistema dell'accreditamento, si è proprio inteso valorizzare ed attuare, in un'ottica costituzionalmente orientata, la libertà di scelta curativa del paziente, attraverso il passaggio da una visione

prime cure giunge ad affermare che anche la configurazione della tutela del diritto che si pretende leso rientri nella cognizione del giudice ordinario trattandosi ancora una volta di posizione qualificabile quale diritto soggettivo¹²⁸.

E, si badi, ciò anche in considerazione del fatto che, in termini generali, *“le controversie relative alle prestazioni erogate nell'ambito del S.S.N., nascenti da una posizione creditoria collegata al diritto del cittadino alla salute, per sua natura non comprimibile ad opera dell'attività autorizzativa dell'Amministrazione, sono devolute alla cognizione del giudice ordinario, ai sensi del criterio generale di riparto della giurisdizione”*¹²⁹.

Sempre in ordine, poi, alla questione della sospensione del sostegno vitale (idratazione ed alimentazione artificiale di cui goda un ammalato in stato vegetativo permanente il quale, tramite manifestazione di volontà del tutore ed autorizzazione del giudice tutelare, intenda rifiutare tale trattamento), è interessante notare come, impugnato davanti al G.A. un provvedimento con il quale una Regione ha vietato al personale del servizio sanitario regionale di procedere, all'interno di una delle sue strutture, ad eseguire tale richiesta, la giurisprudenza si è orientata, in tale caso, diversamente dal precedente, nel senso di devolvere la questione alla cognizione del G.A. in sede di giurisdizione esclusiva.

Ed invero, premesso che il diritto costituzionale di rifiutare le cure è un diritto di libertà assoluto, il cui dovere di rispetto si impone *erga omnes*, nei confronti di chiunque intrattenga con l'ammalato il rapporto di cura, non importa se operante all'interno di un struttura sanitaria pubblica o privata, la manifestazione di tale consapevole rifiuto rende doverosa la sospensione di mezzi terapeutici il cui impiego non dia alcuna speranza di uscita dallo stato vegetativo in cui versa il paziente e non corrisponda con il mondo dei valori e la visione di vita dignitosa che è propria del soggetto direttamente interessato¹³⁰.

Ne deriva che, qualora l'ammalato decida di rifiutare le cure, (ove incapace, tramite rappresentante legale debitamente autorizzato dal Giudice Tutelare), tale ultima manifestazione di rifiuto fa immediatamente venire meno il titolo giuridico di legittimazione del trattamento sanitario, (ovvero il consenso informato), costituente imprescindibile presupposto di liceità del trattamento sanitario medesimo, venendo a sorgere l'obbligo giuridico, (prima ancora che professionale o deontologico), del medico di interrompere la somministrazione di mezzi terapeutici indesiderati¹³¹.

*“È chiaro, poi, che tale obbligo giuridico sussiste anche ove si tratti di trattamento di sostegno vitale il cui rifiuto conduca alla morte, giacché tale ipotesi non costituisce, secondo il nostro ordinamento, una forma di eutanasia (per tale dovendo intendersi soltanto il comportamento eziologicamente inteso ad abbreviare la vita e che causa esso positivamente la morte) bensì la scelta insindacabile del malato a che la malattia segua il suo corso naturale fino all'inesorabile exitus”*¹³².

Da ciò inesorabilmente consegue che rifiutare il ricovero ospedaliero, dovuto in linea di principio da parte del SSN a chiunque sia affetto da patologie mediche, solo per il fatto che il

monopolistico/publicistica del settore sanitario ad una visione liberista ed elastica del medesimo, fondata sul pluralismo dell'offerta”.

¹²⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sentenza 12 settembre 2009 n. 8650.

¹²⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sentenza 12 settembre 2009 n. 8650; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, sentenza 9 aprile 2009, n. 1883. Più in particolare, “a seguito della sentenza della C. cost. n. 204 del 2004, risulta caduca la previsione dell'art. 33 comma 2, lett. e, d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, nel testo di cui alla l. 21 luglio 2000 n. 205, art. 7), che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie “riguardanti le attività e prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario ...”. Pertanto, le controversie relative alle prestazioni erogate nell'ambito del Servizio sanitario nazionale nascenti da una posizione creditoria correlata al diritto del cittadino alla salute, per sua natura non suscettibile di essere affievolito dal potere di autorizzazione della amministrazione, sono devolute alla competenza del giudice ordinario, ai sensi del criterio generale di riparto delle giurisdizioni”. Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 09 marzo 2007, n. 5402.

¹³⁰ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

¹³¹ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

¹³² Così T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

malato abbia preannunciato la propria intenzione di avvalersi del suo diritto alla interruzione del trattamento, “*significa di fatto limitare indebitamente tale diritto*”¹³³.

L'accettazione presso la struttura sanitaria pubblica non può infatti essere condizionata alla rinuncia del malato ad esercitare un suo diritto fondamentale.

Né il rifiuto opposto dall'Amministrazione alla richiesta del paziente può giustificarsi in base a ragioni attinenti l'obiezione di coscienza.

Spetta infatti alla legge disciplinare compiutamente le modalità e i limiti entro cui possono assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico, ferma la necessità che la struttura ospedaliera garantisca comunque la doverosità del “*satisfacere officio*”¹³⁴.

Ne deriva, in tal contesto, che il provvedimento regionale con il quale si inibisce al personale del servizio sanitario regionale di procedere, all'interno di una delle sue strutture, alla sospensione del sostegno vitale (idratazione ed alimentazione artificiale di cui goda un ammalato in stato vegetativo permanente il quale, tramite manifestazione di volontà del tutore ed autorizzazione del giudice tutelare, intenda rifiutare tale trattamento), ancorché investe diritti fondamentali dell'individuo, costituisce comunque espressione dell'esercizio di pubbliche potestà reso dal soggetto titolare della funzione amministrativa di organizzazione del servizio sanitario regionale¹³⁵, “*avente ad oggetto l'identificazione dei compiti allo stesso pertinenti, il quale si inserisce in una fase del rapporto amministrativo attinente al momento prettamente organizzativo del servizio pubblico, concretatesi nello svolgimento del potere ad esso assegnato*”¹³⁶.

Invero, nessun rilievo, sul punto, può essere riconosciuto al rango costituzionale della posizione soggettiva dedotta, dal momento che, anche in tema di diritti fondamentali tutelati dalla Carta Costituzionale, ove si versi nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva¹³⁷ (come, per l'appunto, in caso di servizio pubblico), compete ai giudici naturali della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica la cognizione delle relative controversie in ordine alla sussistenza dei diritti vantati ed al temperamento degli stessi in rapporto all'interesse generale pubblico¹³⁸ sempreché, beninteso, la loro incisione sia dedotta come effetto di una manifestazione di volontà o di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi di cui si denunci la contrarietà alla legge¹³⁹.

Nessun principio o norma, infatti, riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti¹⁴⁰.

Legittimamente, cioè, possono essere riconosciuti esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione¹⁴¹. E ciò appare conforme al generale criterio di riparto della giurisdizione scolpito all'interno dell'art. 103 cost. che abilita il legislatore a devolvere alla cognizione del G.A., appunto in particolari materie, (particolari perché, a fronte della spendita di pubbliche potestà, rileva un inestricabile intreccio di posizioni giuridiche soggettive di diversa

¹³³ Così. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

¹³⁴ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

¹³⁵ In tema di organizzazione del servizio sanitario si veda, per una ricostruzione storica, DE CESARE, *Sanità (Diritto Amministrativo)*, cit., 248 ss.; IANNOTTA, *Sanità pubblica* (voce), in *Enc. Giur. Treccani, XXVII vol.* 1991, 1 ss.; RABAGLIETTI, *Sanità pubblica* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano, XVI vol.* 1976, 488 ss.

¹³⁶ Così T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

¹³⁷ “Nel caso in cui si faccia questione su controversia appartenente a materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, non sfugge affatto al giudice amministrativo il sindacato sull'atto amministrativo (autoritativo o comunque discrezionale) lesivo di diritti soggettivi, ossia dei diritti fondamentali, qual è il diritto alla salute, presidiati direttamente dalla Costituzione e non suscettibili di degradazione”. Così T.A.R. Liguria Genova, sez. II, sentenza 13 maggio 2010, n. 2529.

¹³⁸ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

¹³⁹ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 28 dicembre 2007, n. 27187.

¹⁴⁰ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 27 aprile 2007 n. 140.

¹⁴¹ In merito v. MARTINI, *Potere e diritti fondamentali*, cit., 390 ss.

consistenza), controversie in relazione alle quali siano incisi diritti soggettivi (fondamentali) perfetti¹⁴².

3.3 *Potestà amministrativa e giudizio di indispensabilità terapeutica concernente la somministrazione di farmaci ovvero la sottoposizione a pratiche mediche: profili sostanziali e di giurisdizione.* – Sempre in relazione, poi, alla perimetrazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, laddove si controverta in ordine a questioni afferenti al diritto alla salute quale posizione giuridica soggettiva inviolabile dell'individuo, significativa è la pronuncia resa di recente dal T.A.R. Lombardia ed avente ad oggetto l'accoglimento della domanda proposta in via cautelare da un utente del S.S.N. volta ad ottenere la erogazione gratuita di un medicinale "salva-vita" non ancora inserito nel Prontuario terapeutico nazionale da parte della Agenzia italiana del farmaco (ma autorizzato alla immissione in commercio a norma dell'art. 13 regolamento Ce n. 726 del 2004) ed in relazione a patologie rispetto alle quali non sono state prospettate valide alternative terapeutiche nell'ambito dei medicinali attualmente inclusi in detto prontuario, "atteso che i tempi necessari alla definizione del giudizio di merito non possono pregiudicare il diritto a prolungare la durata della sua vita"¹⁴³.

Orbene, in ossequio al principio secondo il quale la giurisdizione del G.A. sussiste nei casi in cui il diritto alla salute venga fatto valere in chiave pretensiva, allorché il ricorrente prospetti che la sua lesione costituisca l'effetto della mancata attivazione di poteri tecnico-discrezionali spettanti alla P.A., si osserva come il giudice amministrativo possa esercitare lo *ius dicere*, nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, anche con riferimento a domande finalizzate alla tutela di diritti fondamentali, non comprimibili ad interessi legittimi, quando questi si confrontino non con semplici comportamenti materiali della P.A. ma con poteri da essa illegittimamente esercitati¹⁴⁴.

Ancor più complessa è, poi, la questione concernente la somministrazione diretta, ovvero la rimborsabilità del costo sostenuto dal paziente per l'acquisto di un farmaco indispensabile nella cura di gravi affezioni non compreso nel prontuario farmaceutico nazionale ma commercializzato all'estero.

Ed invero, si può tranquillamente osservare che il diritto all'assistenza farmaceutica, quale articolazione del diritto alla salute, comprende, in ossequio al principio di solidarietà sociale, la somministrazione di farmaci che, sebbene non inclusi tra quelli già compresi nel prontuario terapeutico del S.S.N., risultino comunque indispensabili per il trattamento di gravi condizioni o sindromi morbose che esigono terapie di lunga durata.

Tale postulato continua a rimanere valido (e non può essere revocato in dubbio) pur laddove si assista alla sostituzione del principio della gratuità con l'opposto principio della compartecipazione dell'assistito alle spese sanitarie - introdotto dalle diverse leggi finanziarie dello Stato succedutesi nel tempo - e alla riclassificazione dei farmaci erogabili a carico del S.S.N. ed anche qualora il farmaco prescritto non sia stato autorizzato alla immissione in commercio e risulti, in concreto e per un determinato assistito, l'unico strumento terapeutico capace di tutelarne il diritto alla salute.

In tali casi, in passato, in ordine alle controversie insorte in materia di rimborso delle somme anticipate dal cittadino, è stata perorata la giurisdizione del G.O. con conseguente esercizio del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo che non abbia incluso tra i farmaci erogabili del S.S.N. il medicamento necessario alla cura di una specifica patologia¹⁴⁵.

¹⁴² Cfr. [Corte costituzionale, sentenza 05 – 06 luglio 2004, n. 204](#); [Corte costituzionale, sentenza 27 aprile 2007 n. 140](#).

¹⁴³ Così T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, ordinanza 22 maggio 2008, n. 791.

¹⁴⁴ Cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, ordinanza 22 maggio 2008, n. 791.

¹⁴⁵ "Ha consistenza di diritto soggettivo, la cui tutela è devoluta alla giurisdizione dell'a.g.o., la pretesa del cittadino che, avendo necessità di disporre - per la cura di determinate affezioni morbose - di prodotti farmaceutici esclusi dal prontuario terapeutico nazionale non sostituibili con altri di pari efficacia inseriti in tale prontuario, e debba perciò provvedersi direttamente dei farmaci indispensabili, chieda, previa disapplicazione del decreto ministeriale che esclude la possibilità di prescrivere medicinali non contenuti nel prontuario, il rimborso delle spese sostenute". Così Corte di Cassazione, sentenza 20 febbraio 1985 n. 1504.

Orbene, atteso che il principio del necessario contemperamento del diritto alla salute con le esigenze di bilancio del S.S.N. consente al legislatore ordinario ed alla p.a. di scegliere - in base al criterio della economicità - con quali strumenti, tra i diversi a disposizione, assicurare un adeguato livello di tutela della salute dei cittadini¹⁴⁶, si osserva, però, che quando si accerti che la salvaguardia di questo bene, in casi di particolare gravità, può essere soddisfatta unicamente con un determinato intervento, non altrimenti sostituibile, allora il diritto del cittadino riacquista tutta la sua pienezza, non tollerando limiti e condizionamenti di sorta¹⁴⁷.

Più nel dettaglio, poi, è stato precisato che *“il diritto alla somministrazione dei farmaci è attribuito agli utenti del S.s.n. dall'art. 8, commi 9 ss., l. 24 dicembre 1993 n. 537, con la mediazione del provvedimento, a carattere generale e conformativo (espressione di discrezionalità amministrativa e non meramente tecnica, considerata la valutazione del rapporto costi - benefici demandata all'amministrazione), dell'organo collegiale del Ministero della sanità (ora della salute) denominato Commissione unica del farmaco, competente alla formulazione del giudizio circa il carattere essenziale di un farmaco o la sua significativa efficacia terapeutica ai fini dell'inserimento nelle classi a) o b), comportante, rispettivamente, la somministrazione gratuita e il concorso dell'assistito alla metà della spesa, ovvero c), comportante, in linea generale e salva diversa previsione delle normative regionali, l'onere economico a carico dell'assistito. Pertanto, nel sistema delineato dalla legge - rispettoso del disposto dell'art. 32 cost., nella parte in cui, imponendo alla Repubblica la tutela della salute anche garantendo cure gratuite agli indigenti, contempla un diritto fondamentale condizionato, ai fini della determinazione dei suoi contenuti, alle scelte del legislatore, rispettose del nucleo irriducibile del diritto alla salute - il provvedimento amministrativo a carattere generale può essere disapplicato, ai sensi dell'art. 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, a tutela del diritto soggettivo alla prestazione dedotto in giudizio, ove risulti affetto da vizi di legittimità, restando preclusa alla giurisdizione, tanto ordinaria quanto amministrativa, la sostituzione delle valutazioni dell'amministrazione mediante un sindacato non circoscritto alla legittimità”*.¹⁴⁸

Ancora più stringenti, poi, rilevano i limiti all'apprezzamento discrezionale della pubblica amministrazione nel consentire ovvero limitare l'accesso, a titolo gratuito, a determinate prestazioni sanitarie laddove essa muti improvvisamente orientamento.

Ed infatti, se l'Amministrazione delibera di negare, al soggetto che prima ne usufruiva, la prestazione sino ad allora riconosciuta indispensabile per la terapia, deve necessariamente dimostrare che sono venuti meno, in base a nuove emergenze sperimentali e scientifiche concretamente riferibili al caso in esame, i requisiti della indispensabilità di quella specifica prestazione o perché la stessa è risultata in effetti priva di efficacia terapeutica o perché è risultata fungibile con altra di pari efficacia e di minor costo. Opinare diversamente, implicherebbe

¹⁴⁶ “La sintesi normativa comporta un contemperamento tra i margini invalicabili della spesa sanitaria derivabili dal patto di stabilità finanziaria e la individuazione dei percorsi assistenziali che, secondo canoni di efficacia, appropriatezza e sicurezza, vengono ritenuti in quel momento dalla scienza medica idonei a garantire la tutela della salute. Il diritto alla salute ex art. 32 cost. pone sì in capo al titolare la pretesa ai trattamenti sanitari necessari per la sua tutela, ma è garantito ad ogni persona come un diritto condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui l'apparato dispone.” Così T.A.R. Lazio Roma, sez. III, sentenza 18 novembre 2002, n. 10101. Per un approfondimento sul punto v. PESARESI, *In tema di effettività del diritto alla salute*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2003, 03, 991 ss.

¹⁴⁷ Cfr. Cassazione civile, sez. lav., sentenza 23 febbraio 2000, n. 2034.

¹⁴⁸ Così Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 26 aprile 2004, n. 7912 che continua: “Ne discende che l'errore tecnico, imputato alla Commissione unica del farmaco nell'esercizio del potere di classificazione, può essere fatto valere dall'interessato solo per il tramite di un vizio di legittimità dell'atto (per il cui accertamento, con particolare riguardo all'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento di potere, ovvero sotto quello sintomatico, dell'esattezza materiale dei fatti, o dell'errore manifesto di valutazione, potrebbe rendersi indispensabile una consulenza tecnica d'ufficio), ma non direttamente, domandando al giudice che, eventualmente a mezzo di consulente tecnico, operi un sindacato di merito di tipo sostitutivo del giudizio espresso dalla Commissione unica del farmaco”. Nello stesso senso v. Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 29 marzo 2005 n. 6598.

vanificare la tutela del diritto alla salute, in relazione alle specifiche esigenze che in concreto la definiscono¹⁴⁹.

In realtà, il vero interrogativo concernente il diritto alla salute, inteso quale diritto alla somministrazione gratuita di farmaci ovvero all'erogazione di trattamenti sanitari e/o terapie di varia natura, tuttavia, è se lo Stato possa e/o debba garantire l'erogazione di prestazioni sanitarie anche con riferimento a cure la cui efficacia non sia provata scientificamente¹⁵⁰.

Si tratta, com'è facile intendere, di una questione di particolare importanza che investe le speranze di tanti pazienti affetti da patologie allo stato incurabili e che affidano le loro aspettative di vita a tecniche e terapie in atto solo sperimentali¹⁵¹.

Sembra che l'erogazione gratuita vada riconosciuta, in ossequio al principio di legalità, alla luce del ragionevole ed adeguato bilanciamento tra diversi interessi in gioco, secondo criteri che solo il legislatore può stabilire precisandone i limiti oggettivi (solo per specifiche terapie e/o farmaci), soggettivi (solo per i pazienti sforniti di adeguate disponibilità economiche) e temporali (solo, ad esempio, entro i termini della sperimentazione consentita)¹⁵².

Infine, peculiare appare la questione concernente i limiti (sostanziali e in punto di giurisdizione) enucleati in ordine alla pretesa avanzata dal cittadino avente ad oggetto non la diretta erogazione di trattamenti sanitari prodromici alla cura delle proprie affezioni, bensì la predisposizione e la concreta erogazione di prestazioni ad essi solamente accessori e/o occasionali che si traducono nella possibilità di fruire, secondo modalità semplicemente più comode, delle terapie somministrate.

Secondo una consolidata opinione, peraltro in precedenza già ampiamente evidenziata, in relazione al bene-salute è individuabile un «nucleo essenziale», in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psicofisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrono condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile soltanto un potere accertativo

¹⁴⁹ Cfr. Tribunale di Bari, sentenza 27 settembre 1999. Per un commento v. PATRUNO, *Ancora su Costituzione, diritto alla salute e somministrazione gratuita di farmaci*, in *Giur. cost.*, 2000, 03, 1921 ss.

¹⁵⁰ Invero, «la possibilità di ricorrere ad una determinata terapia (e quindi, specularmente, il divieto che deriva dalla sua sospensione) non solo soddisfa il diritto (a prestazioni) del paziente a riceverla (non importa - da questo punto di vista - se gratuitamente o sopportandone il costo, totale o parziale), ma ancor prima garantisce la «facoltà» di scegliere in ordine alle cure da seguire. Ecco allora che l'introduzione di un divieto, seppure temporaneo, all'utilizzo di un determinato metodo di cura delle psicopatologie, fintanto che lo stesso appaia indicato, sulla base delle evidenze scientifiche, anche solo per una ristrettissima categoria di pazienti e anche solo subordinatamente all'esperimento di altri, e meno rischiosi, interventi, si traduce in una limitazione, non giustificata dall'interesse della collettività alla salute, della libertà di salute garantita dall'art. 32. Limitazione, che dovrebbe dirsi invalicabile non solo per il legislatore regionale, ma anche per quello statale, esponendosi entrambi all'identico vizio di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 32 Cost.». Così MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni*, cit., 2047.

¹⁵¹ Secondo una risalente pronuncia del giudice di merito «benché le regole della scienza medica non consentano di utilizzare farmaci per patologie non sperimentate e la deontologia medica vieti l'adozione di terapie segrete, non sperimentate ed idonee a suscitare illusorie speranze ed il Ministero della sanità abbia proclamato la necessità di rispettare le regole della sperimentazione dei farmaci, di fronte ad ammalati in fin di vita il pretore, appellandosi ai precetti costituzionali, può, con provvedimenti di urgenza cautelari ex art. 700 c.p.c., autorizzare l'accesso alla terapia del «protocollo Di Bella» benché di non sperimentata ed accertata validità e la somministrazione dei farmaci relativi su prescrizione del medico anche se solo idonei a migliorare soggettivamente le condizioni di vita, in quanto l'ordinamento giuridico non ammette vuoti di giurisdizione in materia di diritti fondamentali della persona». Così Pretura Lecce, ordinanza 04 febbraio 1998.

¹⁵² «Contrasta con gli art. 3 e 32 cost. la normativa del d.l. 17 febbraio 1998 n. 23, convertito dalla l. 8 aprile 1998 n. 94 (art. 2 comma 1 ultima proposizione e 3 comma 4), nella parte in cui, con norme singolari, costituenti comunque fatto legislativo oggettivo (anche se non decisivo quanto al riconoscimento dell'utilità di impiego dei farmaci disciplinati), da un lato, prevede una sperimentazione clinica semplificata della cosiddetta multiterapia Di Bella, consentendone l'impiego, sino al termine della sperimentazione, in campo oncologico, in favore di un certo numero di malati e, dall'altro, vietandone l'inserimento nell'elenco dei farmaci innovativi, fa ricadere sui privati, se non ammessi alla sperimentazione e pur affetti da patologie tumorali senza possibilità di altro trattamento, le spese necessarie all'acquisto di tali medicinali per il tempo di quella sperimentazione; e ciò anche quando tali soggetti non siano nelle condizioni di affrontare i relativi costi a causa di insufficienti disponibilità economiche, alla stregua di criteri rimessi alla urgente determinazione del legislatore secondo ragionevolezza». Così [Corte costituzionale, sentenza 26 maggio 1998, n. 185](#). Per un commento v. PATRUNO, *Ancora su Costituzione, diritto alla salute, cit.*, 1923 ss.

della pubblica amministrazione, in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di detti presupposti. In assenza, però, di questi ultimi e allorché non vengano denunziati pregiudizi alla salute - anche in termini di aggravamenti o di non adeguata guarigione - la domanda diretta ad ottenere le dovute prestazioni con modalità di più comoda ed agevole praticabilità (per il paziente) di quelle apprestate dalla pubblica amministrazione, ha come presupposto una situazione soggettiva di mero interesse legittimo stante la discrezionalità riconosciuta all'autorità amministrativa di soddisfare tempestivamente le esigenze del richiedente scegliendo tra le possibili opzioni praticabili - anche attraverso un'opportuna integrazione tra le potenzialità delle strutture pubbliche con quelle private convenzionate - la soluzione reputata più adeguata alla finalità di piena efficienza del servizio sanitario¹⁵³.

4. Salubrità dell'ambiente e diritto alla salute dei cittadini: profili sostanziali e di giurisdizione.

– La salvaguardia del diritto alla salute, poi, si correla non solo all'erogazione di farmaci o trattamenti sanitari ovvero alla predisposizione di adeguati servizi finalizzati a rendere più comoda e/o agevole la fruizione di prestazioni offerte dal S.S.N, bensì passa anche attraverso la programmazione di interventi di carattere preventivo che, anche solo indirettamente, possono produrre effetti positivi in ordine alla tutela del bene collettivo (oltre che individuale) della sanità pubblica.

Ci si riferisce, in particolare, al complesso insieme di problematiche afferenti la salubrità dell'ambiente e la commisurazione dei diversi interessi che ben possono occasionalmente configgere laddove si attivino iniziative capaci di attentare (anche solo in via potenziale) all'integrità dell'ambiente¹⁵⁴.

Com'è noto, ampiamente dibattuto è il problema della gestione del c.d. rischio antropico che, al di là delle note questioni correlate a profili *stricto sensu* urbanistici¹⁵⁵, impone di orientare, in ossequio al principio di precauzione¹⁵⁶, il rilascio di atti di assenso all'esercizio di attività capaci di

¹⁵³ Nella specie, si trattava di delibare in ordine alla domanda diretta alla declaratoria del diritto a parcheggiare lungo un determinato viale proposta da alcuni privati per poter accedere al centro medico ivi situato onde usufruire delle cure necessarie come emodializzati. Sul punto v. *Cassazione civile, sez. un., sentenza 01 agosto 2006, n. 17461*. per un commento sulla vicenda v. DI MARZIO, *Il diritto alla salute? Ha un nocciolo duro Lesioni, l'onere della prova è dell'attore*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, 39, 16 ss.

¹⁵⁴ Per una disamina dei rapporti Stato/Regione circa il riparto delle competenze (legislative ed amministrative) in materia ambientale, v. DI DIO, *Giustizia costituzionale e concorrenza di competenze legislative in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema": dalla trasversalità alla "prevalenza" della competenza statale*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2009, 06, 953 ss.

¹⁵⁵ Sul punto v. DELLO SBARBA, *L'incremento del carico urbanistico quale criterio prioritario ma non esclusivo nella determinazione degli oneri di urbanizzazione*, in *Riv. giur. Edilizia*, 2010, 02, 517 ss.; MONTAGNA, *Osservazioni a Cass. Pen., sez. III, num. 48924, 21 ottobre 2009*, in *Cass. pen.*, 2010, 09, 264 ss.; VITIELLO, *La sanatoria delle opere abusive realizzate su area vincolata prima dell'introduzione del vincolo*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2007, 3-4, 566 ss.

¹⁵⁶ Il principio in parola, di derivazione comunitaria, sancito dall'art. 174 par. 2, del Trattato di Roma (art. 130-R prima della entrata in vigore del trattato di Amsterdam), secondo cui la politica della Comunità in materia ambientale è fondata sui principi della "precauzione e della azione preventiva" trova applicazione in tutti quei settori in cui si manifesta la necessità di un elevato livello di protezione, indipendentemente dall'accertamento di un effettivo nesso causale tra il fatto dannoso o potenzialmente tale e gli effetti pregiudizievoli che ne derivano. Sul punto v. T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 31/08/2010, n. 5145; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, sentenza 23 gennaio 2003, n. 260. In tale senso le stesse istituzioni giudiziarie dell'Unione europea hanno avuto modo di affermare l'immediata applicabilità del principio di precauzione quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, e la conseguente possibilità di adottare misure protettive, senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi. In merito v. Tribunale I grado C.E., sez. II, sentenza 19 novembre 2009; Corte giustizia C.E., sentenza 14 luglio 1998, causa C-248/95; id. 3 dicembre 1998, causa C-67/97, Bluhme; Corte giustizia C.E., sez. IV, sentenza 4 marzo 2010, n. 297. Per un approfondimento sul principio di precauzione incentrato sulla disamina delle pronunce rese dalla Consulta v. DI COSIMO, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, in <http://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=6606&dpath=document&dfile=19122006143055.pdf&content=Il+principio+di+precauzione+nella+recente+giurisprudenza+costituzionale+-+stato+-+dottrina> +-

poter pregiudicare l'ecosistema, ovvero l'assetto paesaggistico e/o ambientale¹⁵⁷, in base ad un'attenta e ponderata valutazione costi/benefici in ordine alla quale venga sempre valorizzata la promozione delle migliori condizioni della vita della popolazione la cui sfera personale e giuridica possa essere incisa dall'esecuzione di siffatte iniziative¹⁵⁸.

Orbene, in termini generali, è noto che l'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e i valori che insistono su di esso (ambiente, paesaggio, salute, beni storici e culturali) sono oggettivamente prevalenti rispetto a quelli, sia pur legittimi, ma contrapposti, dei privati, che sull'altare dei primi possono essere legittimamente sacrificati, ma a condizione che questi non siano oggetto di valutazioni macroscopicamente inveritiere ed illogiche¹⁵⁹.

Invero, il giusto bilanciamento tra i diversi interessi in gioco è correlato non certo a regole immutabili, bensì ad un approccio contingente, capace di valorizzare le peculiarità del caso concreto ancorché, naturalmente, le valutazioni condotte debbano sempre comunque essere ispirate a saldi criteri e principi che contribuiscano a garantire in ogni caso che l'azione amministrativa non sia rimessa al puro arbitrio, bensì sempre ancorata a parametri predefiniti, pur riconoscendo ampia discrezionalità sia in ordine a profili tecnici che in relazione alla ponderazione dei diversi interessi coinvolti¹⁶⁰.

Di sicura attualità è, in tal senso, la materia della gestione del ciclo dei rifiuti e, in particolare, la realizzazione di nuove discariche¹⁶¹ ovvero l'ampliamento di precedenti siti di conferimento o,

[+http://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=6606&dpath=document&dfile=19122006143055.pdf&contenuto=Il+principio+di+precauzione+nella+recente+giurisprudenza+costituzionale+-+stato+-+dottrina%20+-+%20.](http://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=6606&dpath=document&dfile=19122006143055.pdf&contenuto=Il+principio+di+precauzione+nella+recente+giurisprudenza+costituzionale+-+stato+-+dottrina%20+-+%20)

¹⁵⁷ Per una disamina del concetto di ambiente e di ecosistema alla luce di un approccio giuridico e meta-giuridico, v. BUONFRATE, *Postille agli appunti per un approccio (sintattico)-semantico al diritto ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 02, 279 ss.

¹⁵⁸ Esemplicativo, in tal senso, è il problema legato al fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico dovuto all'installazione di stazioni radio base. È noto, infatti, che all'interesse pubblico sotteso alla migliore distribuzione sul territorio dei sistemi di comunicazione elettronica si affianca (*rectius*: contrappone) il non certo recessivo interesse alla salvaguardia della salute della popolazione potenzialmente vulnerata dall'emissione di onde elettromagnetiche. Nel tempo, in materia, si è assistito alla maturazione di un ampio dibattito (ancor oggi invero mai sopito) che ha ingenerato questioni controverse sia di natura *stricto sensu* giuridica (con riferimento, ad esempio, al rapporto di specialità tra norma penale incriminatrice e sanzioni amministrative previste dalla legge di settore ovvero con riguardo a profili di giurisdizione) sia di ordine metagiuridico (scientifico, etico, morale, etc). Non essendo questa la sede adeguata per la puntuale disamina delle diverse problematiche in gioco ci si limita a richiamare alcuni utili riflessioni emerse, nel corso degli anni, in dottrina. In merito, quindi, *ex multis* v. SCARCELLA, *L'inquinamento elettromagnetico tra getto pericoloso di cose e principio di tassatività in malam partem in materia penale: un difficile compromesso per affermare la rilevanza penale del fatto*, in *Cass. pen.*, 2009, 03, 944 ss.; MAZZOLA, *La Corte di Cassazione penale conferma il nesso di causalità tra cefalea ed esposizione ad inquinamento elettromagnetico da ELF*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2008, 06, 1001 ss.; GIZZI, *Inquinamento elettromagnetico e getto pericoloso di cose*, in *Cass. pen.*, 2008, 09, 3438 ss.; CORRUCCI, LUCHINI, GABBRIELLI, PONZETTI, *Evidenze scientifiche ed incertezze circa il danno alla salute da elettrosmog: limiti normativi e percezione individuale del fenomeno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 12, 2203 ss.; CLERINI, *Inquinamento elettromagnetico e tutela della salute*, in *Dir. famiglia*, 2005, 03, 1085 ss.; COMPORTE, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. ambiente*, 2005, 02, 215 ss.; PROIETTI, *Elettrosmog: a chi tocca risolvere le liti. Al Tar il sindaco che spegne l'antenna*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2005, 47, 25 ss.; ZUCCHERETTI, *Inquinamento elettromagnetico: ripartizione dei poteri e sua disciplina*, in *Riv. giur. Edilizia*, 2004, 02, 663 ss.; CERUTI, *La Corte costituzionale detta il "decalogo" della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base dell'inderogabilità (anche in melius) dei valori soglia statali*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2004, 02, 258 ss.; FONDERICO, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione "precauzionale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, 907 ss.

¹⁵⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 02 agosto 2011, n. 4574.

¹⁶⁰ Per una disamina della giurisprudenza costituzionale maturata in materia v. I diritti fondamentali nella giurisprudenza della corte, cit.

¹⁶¹ Per un approfondimento concernente alcuni profili di sicura rilevanza nella definizione del procedimento amministrativo finalizzato alla realizzazione di nuovi siti di conferimento di rifiuti v. CORTI, *Autorizzazioni integrate ambientali per discariche per lo smaltimento di rifiuti: caratteri del dissenso manifestato dalla P.A. in Conferenza di servizi e questioni attinenti alla localizzazione della discarica in presenza di vincolo paesaggistico in itinere*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2011, 02, 293 ss.

ancora, la predisposizione di misure di carattere emergenziale¹⁶² finalizzate a superare condizioni di assoluta invivibilità degli insediamenti urbani conseguente alle inefficienze dell'apparato organizzativo preposto alla raccolta e smaltimento dei rifiuti¹⁶³.

In particolare, ai nostri fini, emerge la questione concernente la qualificazione giuridica degli interessi vantati dalla popolazione, (anche sotto il profilo dell'informazione e della partecipazione democratica a scelte di fondo che la riguardano da vicino)¹⁶⁴, in ordine alle nefaste conseguenze cagionate sulla salubrità dell'ambiente e sulla conseguente integrità psicofisica dei singoli individui derivanti da ingiustificata inerzia, ovvero, per converso, correlate alla illegittima predisposizione di iniziative in alcun modo confacenti alla risoluzione dei problemi legati all'immondizia giacente nelle strade cittadine¹⁶⁵ ovvero alla pianificazione di interventi strutturali, (*rectius*: localizzazione di nuovi siti di conferimento ovvero realizzazione di reti fognarie ed impianti di depurazione al servizio di alcune località)¹⁶⁶, nella gestione del ciclo dei rifiuti¹⁶⁷.

¹⁶² Con riferimento a misure normative di matrice comunitaria intervenute nei primi anni del XXI secolo in materia di rifiuti, parla di vera e propria rivoluzione copernicana NOVARESE, *La "nuova" disciplina "emergenziale" dei rifiuti*, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, 3-4, 443.

¹⁶³ Esemplicativa è, in tal senso, la condanna subita dallo Stato Italiano per la violazione degli obblighi su di esso incombenti in forza degli artt. 4 e 5 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 5 aprile 2006, 2006/12/CE, relativa ai rifiuti, per non avere adottato per la Regione Campania, tutte le misure idonee allo scopo. *Sul punto v. Corte di Giustizia, sentenza 04 marzo 2010 n. 297. La Corte ha in particolare ritenuto ingiustificato invocare a propria discolta le proteste della popolazione, oppostasi all'installazione di alcuni impianti di smaltimento dei rifiuti, "non potendo essere eccepita da uno Stato membro come situazione interna idonea a creare difficoltà di attuazione emersa nella fase di esecuzione di un atto comunitario, fino a giustificare l'inosservanza degli obblighi e termini imposti dal diritto comunitario. Al pari la presenza di organizzazioni criminali, attive nel settore della gestione dei rifiuti, non può giustificare una analoga violazione da parte di tale Stato membro".* In tal senso e per un commento sull'intera vicenda v. MAZZOLA, *Corte giustizia CE, 04/03/2010 n. 297, sez. IV. L'Italia seppellita dai rifiuti della Campania, dinanzi alla Corte di Giustizia UE*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2010, 05, 773 ss.

¹⁶⁴ "Un residente nella regione Campania è legittimato a proporre ricorso al giudice amministrativo, lamentando l'omessa adozione, da parte del commissario delegato per l'emergenza rifiuti nella regione Campania, delle misure volte ad assicurare l'informazione e la partecipazione dei cittadini - e - ai sensi dell'art. 2 comma 1 d.l. 9 ottobre 2006 n. 263, il Commissario delegato per l'emergenza rifiuti in Campania ha l'obbligo di provvedere all'adozione, con propria ordinanza, delle misure volte ad assicurare l'informazione e la partecipazione dei cittadini in conformità ai principi della "Carta di Aalborg", approvata dai partecipanti alla Conferenza europea sulle città sostenibili tenutasi a Aalborg il 27 maggio 1994". Così T.A.R. Campania Napoli, sez. I, sentenza 12 giugno 2007, n. 6075. Per un esaustivo commento sulla vicenda v. MANNA, *L'informazione ambientale nella gestione dell'« emergenza rifiuti » in Campania*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 10, 2808 ss.

¹⁶⁵ Esemplicativa è, in tal senso, la costituzione di un *call center* ambientale che prevedeva non già l'impiego dei lavoratori socialmente utili per eliminare la immondizia dalle strade campane, ma la loro stabilizzazione quali operatori di un *call center* per informazioni ambientali non meglio definite. Sul punto v. Corte dei Conti, reg. Campania, sentenza 27 dicembre 2007 n. 4174 e, per un commento, VIRGA, *Volete risolvere l'emergenza rifiuti in Campania? Telefonate al Servizio "S.O.S. Ambiente" istituito dal Pres. Bassolino*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2008, 01, 169 ss.

¹⁶⁶ "Anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 cost.) – allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a. di cui sia denunciata la illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi (come quella, nel caso di specie, della gestione del territorio) – compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché alla emissione dei relativi provvedimenti cautelari, che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti". Così Cassazione civile, sez. un., sentenza 05 marzo 2010, n. 5290. Per un commento sulla vicenda che ha occasionato la citata pronuncia della Suprema Corte concernente la realizzazione di una rete fognaria e di un impianto di depurazione localizzati nelle vicinanze di un'attività di allevamento di bestiame, v. GASPARRINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 06, 1287 ss.

¹⁶⁷ Per una disamina delle diverse problematiche che investono il delicato settore della gestione del ciclo dei rifiuti all'interno di una Regione che tristemente più di altre vive ormai da tempo una situazione di costante emergenza v. COLELLA, *La governance dei rifiuti in Campania tra tutela dell'ambiente e pianificazione del territorio. Dalla "crisi dell'emergenza rifiuti" alla "società europea del riciclaggio"*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 3-4, 493 ss.

Quanto alle omissioni e/o inefficienze perpetrate in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti da tempo ormai la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che rientra nella giurisdizione esclusiva del G.A. la cognizione della controversia promossa dai residenti nel territorio di un Comune che, lamentando le disfunzioni nella raccolta e nello smaltimento dei rifiuti solidi urbani e il conseguente significativo peggioramento della qualità della vita, chiedono la condanna dell'ente locale (e/o del consorzio intercomunale preposto alla gestione del ciclo dei rifiuti) al risarcimento dei danni asseritamente subiti, ivi compresi i pregiudizi alla salute ed alla vita di relazione e ciò perché, in tali casi, si radica in capo ai cittadini una posizione soggettiva avente la consistenza di interesse legittimo concernente, in particolare, la contestazione della correttezza o adeguatezza dell'esercizio dei poteri conferiti dalla legge all'amministrazione in relazione, tra l'altro, ad una materia rientrante all'interno di una delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.A. ex art. 33 d. lgs. n. 80/98, talché nemmeno la dedotta lesione del diritto (inaffievolibile) alla salute può implicare la sottrazione dello *ius dicere* in capo al giudice amministrativo¹⁶⁸.

Ed invero, il discrimine tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa dipende dalla circostanza che la P.A. abbia agito o meno con esercizio di poteri autoritativi; così, appare chiaro che ricorra tale esercizio laddove la domanda proposta dai privati abbia ad oggetto *“una valutazione critica delle modalità di espletamento del servizio pubblico della raccolta dei rifiuti da parte del Comune”*¹⁶⁹.

In materia di diritti fondamentali, quale quello alla salute, poi, ben può sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo a condizione che si tratti di impugnazione di comportamenti materiali effetto di atti della P.A. o comunque espressione dei poteri di questa; *“avendo il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33, come modificato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi nelle quali già esercitava la giurisdizione generale di legittimità, detta giurisdizione non può essere esclusa nel caso di atti o comportamenti della pubblica amministrazione che ledano diritti, anche se considerati fondamentali e tutelati dalla Costituzione, quali quello alla salute tutelato dall'art. 32, Cost., salve le ipotesi in cui, come chiarito dalle sentenze della C. Cost. nn. 204/2004, 191/2006 e 140/2007, l'attività da questa svolta non si configuri, nemmeno mediamente, come esercizio di un pubblico potere”*¹⁷⁰.

Sotto altro versante, a fronte di provvedimenti adottati, in particolare, in situazioni di tipo emergenziale¹⁷¹, rivolti alla individuazione di aree sulle quali realizzare nuove discariche, più volte, nel tempo, si è assistito ad una netta contrapposizione a tali intendimenti da parte della popolazione locale preoccupata delle possibili conseguenze negative circa l'integrità paesaggistica e/o ambientale dei luoghi, nonché sulla salute individuale e collettiva.

E, in prima battuta, l'azione giudiziaria promossa in difesa di siffatte situazioni soggettive fondamentali è stata introitata, richiedendo l'adozione di provvedimenti interinali d'urgenza, innanzi al G.O. sul presupposto, naturalmente, della inaffievolibilità dei diritti investiti dall'illegittimo *agere* della P.A.

Detta impostazione è stata però smentita dalla Suprema Corte secondo la quale anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute - allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della pubblica amministrazione di cui sia denunciata l'illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come quella della gestione del territorio - compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché all'emissione dei relativi

¹⁶⁸ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 21 maggio 2009 n. 11832.

¹⁶⁹ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 21 maggio 2009 n. 11832.

¹⁷⁰ Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 21 maggio 2009 n. 11832.

¹⁷¹ Sul punto v. PIEROBON, *Poteri emergenziali e poteri ordinari nella gestione dei rifiuti alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 284 del 3-4 luglio 2006*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2007, 02, 296 ss.

provvedimenti cautelari che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie e eventualmente risarcitorie¹⁷² dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti¹⁷³.

Da ultimo, per completezza, sul punto v'è da dire che è intervenuto il Legislatore con l'art. 4, comma 2 d.l. 23 maggio 2008 n. 90, conv., con modificazioni, in l. 14 luglio 2008 n. 123, a tenore del quale le misure cautelari, adottate da una autorità giudiziaria diversa dal giudice amministrativo - al quale è attribuita la giurisdizione esclusiva per tutte le controversie, ivi comprese quelle relative alla fase cautelare e ai "diritti costituzionalmente tutelati", comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati - cessano di avere effetto, ove non riconfermate, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto-legge, dalla suddetta autorità giudiziaria competente¹⁷⁴.

Tale norma, evidentemente, ancorché idonea a radicare la giurisdizione del G.A. con riferimento ad una particolare materia, conferma, in termini generali, come in ordine ai diritti fondamentali non sussista alcuna preclusione, (costituzionale), *de iure condito*, (d'ordine logico, concettuale o anche *stricto sensu* giuridico), alla devoluzione alla cognizione del G.A. (in sede di giurisdizione esclusiva) di controversie in relazione alle quali si censuri l'illegittima compromissione dei c.d. "diritti resistenti a tutt'oltranza" da parte della P.A. nell'esercizio di potestà di stampo pubblicistico.

¹⁷² Cfr. *Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 29 aprile 2009, n. 9956.*

¹⁷³ Cfr. *Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 28 dicembre 2007, n. 27187.* Per un commento sull'intera vicenda v. NATALINI, *Emergenza rifiuti in Campania e diritto alla salute, cit.*, 1 ss. e COCCO, *Nota a Cassazione Civile, sez.UU, 28 dicembre 2007 n.27187*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2008, 3-4, 617 ss.

¹⁷⁴ In merito v. [Corte costituzionale, sentenza 07 luglio 2010 n. 241](#) che ha dichiarato manifestamente inammissibile, per difetto di motivazione sulla rilevanza, la questione di legittimità costituzionale sollevata in ordine alla citata disposizione normativa tra l'altro perché "sollevata prima della risoluzione, da parte del giudice, del problema - da lui stesso posto - della compatibilità della disposizione censurata con l'ordinamento comunitario, che costituisce un "prius" logico e giuridico ([sent. n. 284 del 2007](#); [orrd. n. 415 del 2008](#), [100 del 2009](#))". Per un commento sulla vicenda v. MULTARI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione: note a margine della ordinanza della Corte costituzionale n. 241/2010*, in <http://www.ildirittoamministrativo.it/allegati/NOTA%20ORDINANZA%20CORTE%20COST.%207%20LUGLIO%202010%20n.%20241%20A%20CURA%20DI%20ANNA%20MULTARI.pdf>