

# Verso un diritto eurounitario alle cure? La direttiva sull'assistenza transfrontaliera tra obiettivi ambiziosi e debolezze competenziali dell'Unione\*

Donatella Morana\*\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. La pandemia, da “fatto sanitario” a “fatto sociale”: la perdurante attualità del cantiere dell'Europa sociale. – 2. La cornice ordinamentale eurounitaria: le competenze dell'Unione per la tutela oggettiva del bene salute. – 3. La direttiva 2011/24/UE sull'assistenza sanitaria transfrontaliera: un primo passo (debole ma significativo) verso la tutela della salute come diritto soggettivo. – 4. Il titolo competenziale della direttiva: cure transfrontaliere e sistemi sanitari nazionali, tra *hard* e *soft law*. – 5. *EU4Health*: una ripartenza per la tutela della salute sul piano europeo?

## 1. Premessa. La pandemia, da “fatto sanitario” a “fatto sociale”: la perdurante attualità del cantiere dell'Europa sociale

La scelta di sollecitare la riflessione sul tema inerente a sanità e salute nella dimensione ordinamentale europea – oggetto di questo Convegno – appare quanto mai opportuna a quasi due anni dall'inizio dello stato di emergenza da Covid-19. Credo infatti che essa dimostri la lodevole consapevolezza dell'importanza di affrontare “di petto” una criticità strutturale del processo di integrazione europea, palesata una volta di più anche dal ritar-

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il saggio riprende e amplia i contenuti della relazione svolta al XIX Convegno nazionale di diritto sanitario “Salute e sanità nella prospettiva europea. Oltre l'art. 168 TFUE?”, Milano, 5-6 novembre 2021.

\*\* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma “Tor Vergata”, morana@uniroma2.it.

do e dalle incertezze nel trovare risposte coordinate e tempestive alle difficoltà delle fasi iniziali della pandemia: criticità che può riassumersi nel permanere di una logica pressoché esclusivamente nazionale nelle politiche di welfare e nella marginalità di una piena cittadinanza sociale europea. Lo scenario, insomma, è quello di un cantiere sempre aperto e ad avanzamento quasi impercettibile per la costruzione di un'Europa sociale e quindi, ancor prima, di un'Europa politica che sappia progettare e sostenere la risposta ai bisogni primari dei cittadini europei e delle relative comunità<sup>1</sup>.

Il ritardo nel dotare l'Unione di un volto sociale riconoscibile e vitale costituisce tema di riflessione da diversi decenni, in un alternarsi di aperture e di battute d'arresto che accompagnano la storia dell'integrazione. La constatazione di questo ritardo, nonostante alcuni passi in avanti suggellati da modifiche dei Trattati istitutivi, conserva una sua amara attualità che diventa visibile proprio nei momenti in cui si pone la necessità di fornire risposte a sfide inattese che possono mettere in crisi o accentuare i divari nel godimento dei diritti sociali tra i (e nei) diversi Stati membri<sup>2</sup>. Da tale punto di vista, il Covid-19 ha rappresentato proprio questo: un "fatto sanitario", di salute pubblica, che si è tramutato in "fatto sociale" a più ampio spettro, travolgendo le sicurezze dei cittadini, generando emarginazione, erigendo muri di indifferenza e accentuando situazioni di fragilità<sup>3</sup>.

È vero che le istituzioni europee hanno avviato un importante processo di sostegno finanziario per la ricostruzione postpandemica degli Stati membri<sup>4</sup>. Ma non deve essere dimenticato, ritengo, il silenzio assordante dell'Europa nei primi mesi della pandemia, il procedere privo di concertazione delle autorità nazionali nel fronteggiare una minaccia inattesa<sup>5</sup>. Ed

<sup>1</sup> Da questa prospettiva conservano piena attualità (sebbene in relazione ad una situazione emergenziale connotata da specificità non assimilabili ai tempi "ordinari") le osservazioni di R. BALDUZZI, *Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica*, in P. BILANCIA (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, n. spec. 4/2018, 244 ss.

<sup>2</sup> Sulla "dimensione sociale" dell'Unione europea e sulla tenuta dei sistemi di protezione sociale in Europa dopo la crisi economica, v., oltre ai contributi raccolti in P. BILANCIA (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*, cit., G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo stato nazionale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 1 ss., A. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 1 ss., nonché A. NATO, *La cittadinanza sociale europea ai tempi della crisi economica*, Bari, 2020, *passim*.

<sup>3</sup> Sulla pandemia come «amplificatore delle disuguaglianze» già esistenti sia *tra* gli Stati membri che *all'interno* di questi, per quanto concerne l'accesso ai servizi sanitari, si rinvia alle osservazioni di L. CHIEFFI, *Equità nella salute e nei servizi sanitari tra politiche europee e interventi statali*, in questo numero della *Rivista*.

<sup>4</sup> Sulla risposta dell'Unione europea alla crisi pandemica da Covid-19 e sui possibili riflessi di ordine costituzionale, v. da ultimo F. SCUTO, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo*, Torino, 2022, spec. 9 ss. e 25 ss.; sulle misure collegate al *Next Generation EU*, E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel "discorso" della Commissione europea e "condizionalità utile"*, in *Osservatorio AIC*, 6/2020, 151 ss. Spunti interessanti per ricostruire le fila di un dibattito, tuttora in corso, su un possibile "cambio di paradigma" del processo di integrazione europea, più attento alla dimensione sociale, innescato dal *Next Generation EU*, nei contributi del Forum *Verso un futuro più sociale dell'Europa*, in *Gruppo di Pisa*, 3/2021, 226 ss.; v. anche A.O. COZZI, *1999-2020, dalla Carta dei Diritti Fondamentali al Next Generation Eu: momenti dell'integrazione europea attraverso le iniziative della Presidenza tedesca*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 94 ss., nonché S. CECCHINI, *L'Europa aspira a diventare uno Stato sociale?*, in *Rivista AIC*, 4/2021, 103 ss.

<sup>5</sup> Sull'assenza di una risposta europea nel primo periodo dell'emergenza da Covid-19, v. M. BELLETTI, *Il "governo" dell'emergenza sanitaria. Quali effetti sulla costituzione economica e sul processo "federativo" europeo*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. online*, 1/2021, 20 ss., spec. 29 ss.

è questa memoria che riporta drammaticamente in primo piano la debolezza del progetto sociale dell'Europa e la necessità di rafforzarlo, con convinzione, per non essere colti nuovamente impreparati dalle ulteriori sfide che si presenteranno nel futuro, non solo di natura emergenziale (auspicabilmente non della stessa gravità), ma anche derivanti dalla “ordinaria” necessità di assicurare un sistema di protezione sociale altrettanto efficace di quello finalizzato alla garanzia delle libertà economiche. Ecco, il merito di questo incontro è di mettere sotto i riflettori un pezzo importante, decisivo, della declinazione europea dei diritti sociali, quello che ruota intorno alla tutela della salute, all'organizzazione dei relativi servizi, alla sanità pubblica. Grazie quindi per aver pensato a questa iniziativa e aver offerto una ulteriore occasione di confronto.

## 2. La cornice ordinamentale eurounitaria: le competenze dell'Unione per la tutela oggettiva del bene salute

Nell'affrontare, sia pure succintamente, il ruolo che la protezione della salute assume nell'ordinamento dell'Unione, la prospettiva nella quale intendo collocarmi è quella aperta dalla oramai celebre direttiva 2011/24/UE in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera. In proposito, un interrogativo da cui inevitabilmente bisogna prendere le mosse è il seguente: il contenuto di questa direttiva è idoneo a porre le basi per un diritto eurounitario alle cure? E la risposta, a mio avviso, è negativa: non tanto (o non solo) per i limiti oggettivi che la direttiva e la sua attuazione presentano, quanto soprattutto per le caratteristiche di fondo dell'approccio del diritto primario dell'Unione al tema della salute e dell'accesso alle prestazioni sanitarie.

La debolezza delle competenze eurounitarie in materia di salute, insomma, si riflette nella direttiva 24/2011 sull'assistenza sanitaria transfrontaliera. Tuttavia, ciò non impedisce di valorizzare l'importanza (anche simbolica) che questo atto normativo ha assunto nel segnare un percorso di apertura e cooperazione tra gli Stati membri a favore dell'assistenza oltre i confini di ciascuno di essi. Osservata da questo punto di vista, la direttiva ha avuto il merito di aprire un varco nella tradizionale chiusura del diritto dell'Unione rispetto alla garanzia di diritti a ricevere prestazioni (come si dirà meglio di qui a poco). Si tratta in ogni caso di un'apertura che non appare particolarmente vigorosa e che, in un certo senso, viene “abbandonata” alla corrente degli aneliti programmatici dell'Unione.

Il complesso e articolato quadro di riferimento tracciato da Giulio SALERNO nella relazione introduttiva a questa sessione<sup>6</sup>, così come gli interventi precedenti, hanno già evidenziato alcune caratteristiche della cornice ordinamentale eurounitaria in materia di sanità e di

<sup>6</sup> V. G. SALERNO, *L'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in questo numero della *Rivista*.

salute, ponendo opportunamente l'accento anche sulle difficoltà che si frappongono alla configurazione di un vero e proprio diritto soggettivo (alla salute) nella dimensione europea. In effetti, è soprattutto il profilo soggettivo della protezione a non essere giunto a un sufficiente livello di maturazione, nonostante il rilievo crescente che la salute stessa ha assunto nel diritto primario dell'Unione, in corrispondenza della progressiva estensione, se non altro quantitativa, delle disposizioni dei Trattati ad essa dedicate.

A quest'ultimo riguardo, è possibile constatare come la salute costituisca oramai non soltanto un limite all'azione e alle politiche dell'Unione, ma sempre più un vero e proprio bene da proteggere e un fine da perseguire, nel quadro di prescrizioni ispirate ai valori della solidarietà, della giustizia sociale, della non discriminazione, dell'integrazione<sup>7</sup>. Agli ambiziosi obiettivi eurounitari fa tuttavia da contraltare un quadro competenziale ancora inadeguato o comunque non in grado di sostenere efficacemente tali aspirazioni, dal momento che «la tutela ed il miglioramento della salute umana» è oggetto di una competenza di tipo meramente complementare (o di sostegno), che affida all'Unione le sole azioni volte a «sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri» (art. 6 TFUE)<sup>8</sup>.

D'altro canto, che si tratti di una base competenziale esile trova puntuale riscontro nella constatazione di come il pur aumentato rilievo della tutela della salute sul piano dell'ordinamento europeo non abbia scalfito il ruolo egemone degli Stati membri nelle scelte relative alla copertura organizzativa, gestionale e finanziaria dei servizi volti alla salvaguardia del bene salute. Questo assetto consente di comprendere le ragioni sottese all'ulteriore dato su cui si è già richiamata l'attenzione: il mancato riconoscimento di una strutturata e completa posizione giuridica soggettiva di matrice eurounitaria, suscettibile di essere «azionata», a garanzia dell'effettivo accesso alle prestazioni sanitarie.

La penuria che caratterizza l'arsenale di competenze dell'Unione nella materia rappresenta, così, lo specchio delle potenzialità ma anche degli ostacoli del percorso verso un'Europa sociale. Basti pensare all'art. 168 TFUE, nel cui par. 1 è contenuta una disposizione di principio – già espressa nell'art. 152 del prevegente TCE e successivamente riprodotta, con identica formulazione letterale, nell'art. 35, secondo periodo, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – secondo la quale «nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana».

<sup>7</sup> Sul rilievo che la tutela della salute assume nell'ordinamento dell'Unione europea cfr. A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, 131 ss.; G. FARES, M. CAMPAGNA, *La tutela della salute nell'ordinamento comunitario*, in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, Napoli, 2011, 325 ss.; F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2017, 119 ss.

<sup>8</sup> Per un'analisi ed accurata ricostruzione delle competenze spettanti all'Unione in ambito sanitario si rinvia a D. G. RINOLDI, «In deroga...e in conformità»: prospettive dell'Unione europea della salute muovendo dall'art.168 TFUE per andar ben oltre (verso un comparto sanitario federale continentale?), in questo numero della *Rivista*.

A tale amplissima finalità si abbina poi la più modesta previsione (inserita nel seguito dello stesso art. 168, par. 1, TFUE) che «l'azione dell'Unione, che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale».

Il diritto primario dell'Unione, pertanto, ha senz'altro favorito lo sviluppo di una rete di intervento e di cooperazione sovranazionale nei tradizionali ambiti della sanità pubblica e dell'igiene, cioè nella tutela oggettiva del bene salute affidata agli Stati membri. E sicuramente le prestazioni per la tutela della salute non possono considerarsi alla “pari” rispetto ad altri “servizi” erogati dagli Stati: il Trattato, in effetti, lascia trasparire tale specificità<sup>9</sup>.

Tuttavia, le stesse norme hanno contestualmente precisato che l'impegno dell'Unione non può in alcun modo tradursi in forme di ingerenza o di intervento diretto nella definizione delle politiche sanitarie nazionali, nell'organizzazione dei servizi sanitari e tantomeno nell'allocazione delle risorse necessarie per l'erogazione delle relative prestazioni. In proposito, l'art. 168 TFUE, par. 7, non potrebbe essere più esplicito: «l'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate».

È chiaro, insomma, che gli obiettivi fissati nel titolo del TFUE dedicato alla sanità pubblica non concorrono in alcun modo a definire la garanzia di un diritto sociale *stricto sensu*, cioè la pretesa dei cittadini europei a ricevere prestazioni in ambito sanitario: al pari di quanto poteva osservarsi a proposito del previgente art. 152, per il Trattato la salute non è tanto un diritto sociale quanto piuttosto un “interesse della collettività”, per usare la terminologia dell'art. 32 della Costituzione italiana.

Peraltro, il quadro normativo non ha subito significativi scossoni neppure per effetto dell'art. 35 della Carta di Nizza dedicato al diritto alla salute (Carta che, com'è noto, a seguito dell'entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona, ha acquisito «lo stesso valore giuridico dei trattati»). L'art. 35 della Carta, infatti, oltre ad affermare il richiamato principio della garanzia di un elevato livello di protezione della salute umana, si limita a prescrivere che «ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali». Il generico rinvio che esso opera «alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali», infatti, depotenzia significativamente il versante europeo della tutela e lascia agli Stati membri la possibilità,

<sup>9</sup> Sul carattere speciale dei servizi sanitari rispetto al mercato interno, A. SANTUARI, *Il diritto (transfrontaliero) alla salute e la crisi del welfare state. Diritti individuali versus equità e solidarietà dei sistemi sanitari nazionali?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 657 ss., spec. 671.

pressoché illimitata, di decidere non soltanto il “come” assicurare il soddisfacimento del diritto, ma di stabilire in larga parte addirittura il “se”, e con quale estensione, garantirlo<sup>10</sup>.

### 3. La direttiva 2011/24/UE sull’assistenza sanitaria transfrontaliera: un primo passo (debole ma significativo) verso la tutela della salute come diritto soggettivo

Nel quadro di competenze appena accennato è andata a inserirsi, oramai da un decennio, la “novità” della direttiva 24/2011, il cui fine consiste *per tabulas* nel ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in ordine al diritto dei pazienti di ricevere prestazioni terapeutiche in un Paese diverso da quello di origine. L’obiettivo di fondo che si è inteso perseguire tramite l’atto normativo è quello di attenuare, almeno in linea di principio, la possibilità di uno Stato membro di ostacolare la mobilità sanitaria dei propri cittadini all’interno del territorio dell’Unione, sollecitando altresì talune forme di cooperazione interstatale nella erogazione dei servizi finalizzati alla protezione della salute.

In vista di tale scopo, si supera la regola della necessità, per il paziente, di munirsi sempre di una previa autorizzazione da parte dello Stato di origine, al fine di ottenere il successivo rimborso delle spese sanitarie sostenute in un altro Stato membro. È ben vero che l’autorizzazione resta indispensabile in una serie di ipotesi: esse, tuttavia, dovrebbero oramai considerarsi eccezionali rispetto all’opposto principio. Ne consegue che l’ambito della previa autorizzazione dello Stato di provenienza (chiamato poi a rimborsare le spese sostenute fuori dei confini nazionali) risulta sensibilmente ridotto, a tutto vantaggio dell’autonoma iniziativa dei pazienti nella scelta del luogo di cura.

Come è stato osservato in dottrina, l’indirizzo di politica normativa posto alla base della direttiva lascia trasparire un approccio tutt’altro che banale: il superamento del sistema di autorizzazione preventiva esprime, infatti, «una precisa opzione assiologica nella direzione di una più ampia libertà di scelta nel territorio europeo per l’utente rispetto al passato»<sup>11</sup>, coerente rispetto ai valori di universalità nell’accesso a prestazioni di elevata qualità nonché a quelli di equità e di solidarietà.

Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea sembra valorizzare questo profilo della libertà di scelta nel riconoscere un diritto alle cure in un certo senso “autonomo” rispetto ai condizionamenti organizzativi degli Stati membri, segnando una

<sup>10</sup> Sui limiti della previsione contenuta nell’art. 35 della Carta conserva profili di attualità, se si vuole, D. MORANA, *Prime riflessioni sul diritto alla salute nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in A. D’ATENA, P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, 113 ss.

<sup>11</sup> G. FARES, *La tutela della salute del cittadino europeo: diritto o libertà?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 35.

netta distanza dall'approccio seguito nei regolamenti sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale citati nella relazione introduttiva<sup>12</sup>.

Ad esempio, in una decisione dell'ottobre 2020<sup>13</sup> adottata in esito a un rinvio pregiudiziale, la Corte affronta una questione relativa al rapporto tra accesso alle cure transfrontaliere e godimento della libertà religiosa, individuando un *favor* per la regola dell'accesso libero a cure transfrontaliere e considerando invece un'eccezione, da valutare caso per caso, la possibilità di un rifiuto da parte dello Stato membro per ragioni legate all'organizzazione dei servizi sanitari. In particolare, la Corte sottolinea come la direttiva 24/2011 impedisca al singolo Stato – di regola – di rifiutare l'autorizzazione alle cure transfrontaliere qualora, nello stesso Stato, siano disponibili cure ospedaliere che, pur efficaci dal punto di vista clinico, si pongano in contrasto con le convinzioni religiose del paziente a causa del metodo di cura utilizzato. La sola eccezione consentita attiene all'ipotesi in cui il rifiuto dell'autorizzazione «sia obiettivamente giustificato da uno scopo legittimo di mantenimento delle strutture sanitarie o delle competenze mediche, e costituisca un mezzo adeguato e necessario per raggiungere tale scopo»: circostanza che spetta al giudice (nazionale) del rinvio verificare<sup>14</sup>.

#### 4. Il titolo competenziale della direttiva: cure transfrontaliere e sistemi sanitari nazionali, tra *hard* e *soft law*

Se la direttiva 24/2011 costituisce, per le ragioni brevemente esposte, una favorevole eccezione rispetto al tradizionale *modus operandi* dell'Unione europea in tema di salute, superandone (o proponendosi di superarne) l'approccio “oggettivistico” nella relativa tutela, non può nascondersi che il limitato impatto che essa ha avuto sul piano concreto sia da ricondurre, come già anticipato, anche (se non principalmente) alla debolezza delle competenze eurounitarie in materia di salute. Certo, vi sono state e vi sono tuttora difficoltà oggettive imputabili alla direttiva stessa, o per meglio dire alla fase di implementazio-

<sup>12</sup> Si tratta di un approccio che traspariva già nella giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa a fatti sorti anteriormente al pieno dispiegarsi degli effetti della direttiva 24/2011 e, quindi, ancora in applicazione dei previgenti regolamenti: v. in particolare CGUE, sent. 9 ottobre 2014, C-268/13, *Petru C. Casa Județeană de Asigurări de Sănătate Sibiu, Casa Națională de Asigurări de Sănătate*, in cui la Corte rafforza l'autonomia del diritto alle cure del paziente rispetto ai condizionamenti organizzativi e finanziari degli Stati membri che non costituiscono più un limite alla mobilità per l'accesso alle cure transfrontaliere. Su tale giurisprudenza cfr. M. TRESCA, *L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla mobilità sanitaria: dal caso Grogan al caso Petru*, in D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018, 153 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>13</sup> CGUE, sent. 29 ottobre 2020, C-243/19, *A. c. Veselības ministrija*.

<sup>14</sup> Una particolare enfasi sul diritto del paziente a ricorrere alle cure transfrontaliere si ritrova anche in CGUE, sent. 28 ottobre 2021, C-636/19, *Y c. Centraal Administratie Kantoor*.

ne dell'accesso alle cure transfrontaliere. Senza entrare nel dettaglio delle problematiche concernenti l'attuazione della direttiva in Italia<sup>15</sup> e negli altri Stati membri<sup>16</sup>, credo possa comunque convenirsi, anche alla luce dei dati, molto eloquenti, richiamati nella relazione introduttiva di questa sessione<sup>17</sup>, che il ricorso all'assistenza sanitaria transfrontaliera sia stato quantitativamente episodico, marginale e nel complesso poco significativo.

Le ragioni di fondo di tale modesta rilevanza sul terreno dei risultati tangibili sono da ricercare, ancora una volta, nei limiti dell'impostazione del diritto eurounitario in tema di sanità (prima ancora che di salute) sul versante delle competenze. La direttiva 24/2011, infatti, a partire dal suo codice genetico, per così dire, sconta la strutturale inadeguatezza dell'attuale contesto istituzionale ed ordinamentale europeo a tutelare la salute oltre i confini nazionali: tant'è che la stessa direttiva deve "giustificare" per altre vie i margini di intervento che si ritaglia.

Mi limito a due rapide considerazioni.

La prima concerne il titolo competenziale su cui si fonda l'intervento dell'Unione.

La base della direttiva viene individuata (non senza una certa forzatura) nell'art. 114, par. 1, TFUE, ai sensi del quale, seguendo la procedura legislativa ordinaria, l'Unione può adottare gli atti necessari al ravvicinamento delle discipline degli Stati membri «che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno».

In sostanza, volendo produrre una misura normativa pienamente vincolante in tema di protezione della salute, l'Unione non può giovare delle competenze specificamente inerenti a questo settore materiale (che la doterebbero di meri dispositivi di *soft law*) ma deve invocare una diversa competenza, come quella relativa alla tutela del mercato interno, nella quale è invece titolare di una attribuzione regolativa dal pieno potenziale vincolante. Una volta che la disciplina concernente l'assistenza transfrontaliera viene fondata (a torto o a ragione) sulla potestà normativa in tema di mercato interno, la protezione della salute entra in gioco come uno scopo che deve essere perseguito (ai sensi degli artt. 168, par. 1, e 114, par. 3, TFUE) nell'esercizio di quella potestà. Insomma, per ricorrere a un'immagine, la tutela della salute rappresenta la foce verso cui il fiume normativo scorre, non la sua sorgente.

<sup>15</sup> Sul d.lgs. n. 38/2014, col quale è stata data attuazione alla direttiva nell'ordinamento italiano, v. N. POSTERARO, *Cure oltre lo Stato: l'effettività del diritto alla salute alla luce del d. lgs. n. 38 del 2014*, in *federalismi.it*, 11/2016, 1 ss.; G. BOGGERO, *Gli ostacoli alla mobilità sanitaria transfrontaliera in Italia*, in *Corti supreme e salute*, 2018, 377 ss.; C. GIUNTA, *L'impatto della direttiva sull'assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia: il d.lgs. n. 38/2014 tra attuazione, rinvii ed impegni all'attuazione*, in D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, cit., 81 ss.

<sup>16</sup> Sull'attuazione della 2011/24/UE negli ordinamenti nazionali dell'Unione, cfr. i contributi raccolti in A. DEN EXTER (a cura di), *Cross-border health care and European Union law*, Rotterdam, 2017, nonché AA.VV., *Cross-border Health Care in the European Union. A Comparative Overview*, Torino, 2020.

<sup>17</sup> V. ancora G. SALERNO, *L'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in questo numero della *Rivista*.

La seconda considerazione attiene al rapporto tra diritto individuale alle cure e sistemi sanitari, quindi al “senso” che deve essere assegnato all’armonizzazione nella erogazione delle prestazioni sanitarie perseguita dalla direttiva.

In questo caso, infatti, la spinta verso un certo livello (sia pure minimo) di uniformità può essere esclusivamente riferita al godimento del diritto alla salute da parte del singolo cittadino europeo, ma non coinvolge in misura significativa il profilo della conformazione dei sistemi sanitari nazionali.

Come è stato osservato in dottrina, la scelta sulle prestazioni da garantire ai cittadini dell’Unione resta quindi di natura «endodeterminata», nel senso che «le cure cui un paziente ha diritto [...] dipendono dalla garanzia approntata a livello statale, sui cui contenuti le istituzioni europee non hanno competenza, soprattutto laddove vengano in gioco complessi bilanciamenti tra valori costituzionali»<sup>18</sup>.

I sistemi sanitari continuano a conservare la conformazione che gli Stati membri intendono dar loro; certamente ad essi viene imposto di accogliere i cittadini di altri Stati membri, ma senza che ne derivi, di per sé, alcuna variazione dei sistemi medesimi dal punto di vista della struttura, della quantità e della qualità delle prestazioni erogate.

In sostanza, l’armonizzazione della possibilità per i cittadini europei di godere di un diritto prestazionale non coinvolge l’armonizzazione dei sistemi di protezione sociale (sanitaria) nazionali; la direttiva, quindi, tratta il diritto sociale di cui si occupa in maniera evidentemente “asistemica”: ne amplia le possibilità di concreto godimento ma non incide sul modo in cui i relativi sistemi si occupano di erogarlo.

Da questi rilievi deve allora trarsi la sterilità del tentativo operato con la direttiva? Certamente no. Essa rappresenta uno dei primi seri tentativi da parte delle istituzioni normative europee di colmare, sia pure parzialmente e alle condizioni date, la distanza che tradizionalmente intercorre tra l’ordinamento eurounitario e una effettiva presa in carico da parte di esso della protezione (nel senso “forte” che passa attraverso lo strumento del diritto soggettivo) di quelle esigenze su cui storicamente è stata fondata l’edificazione degli Stati sociali nazionali. Si tratta di un tentativo che, se di per sé non ha potuto condurre a una reale rivisitazione del rapporto tra Unione e diritti sociali, sarebbe ingeneroso non apprezzare e non accogliere con considerazione, tanto più se si tiene conto che la stessa Unione, successivamente, sembra essere tornata al più consueto e ancor meno incisivo metodo di coltivare la sua dimensione sociale attraverso il ricorso a forme di *soft law* dall’incerto destino<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> COSÌ L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, 216.

<sup>19</sup> Il riferimento è all’iniziativa della Commissione Juncker (promossa con la Comunicazione contenente l’*Avvio di una consultazione su un pilastro europeo dei diritti sociali*, COM (2016) 127 final, dell’8 marzo 2016) che ha condotto nel novembre del 2017 all’adozione, da parte del Parlamento, del Consiglio e della Commissione stessa, del *Pilastro sociale europeo*, un insieme di venti principi tesi ad assicurare l’equità e il buon funzionamento dei mercati del lavoro e dei sistemi di protezione sociale nell’Europa del 21° secolo; sui limiti di tale iniziativa v. S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul*

## 5. EU4Health: una ripartenza per la tutela della salute sul piano europeo?

La direttiva 24/2011 rappresenta dunque un punto di osservazione privilegiato per riflettere su alcuni caratteri dell'approccio europeo a uno dei settori più rilevanti nella costruzione e nella progressiva trasformazione dello Stato sociale: quello della protezione della salute, appunto. Al riguardo, potrebbe difficilmente negarsi, infatti, che l'accesso alle cure – così come, più in generale, il soddisfacimento dei bisogni della persona in ambito sanitario – rappresenti un criterio per la valutazione dell'effettivo grado di godimento dei diritti sociali e dunque, in definitiva, della capacità della comunità di rendere operativa una adeguata solidarietà sociale a beneficio dei suoi componenti.

Per questa ragione, la salute e la sua protezione assumono il ruolo, anche nella dimensione europea, di pietra angolare a partire dalla quale edificare e dotare di una dimensione concreta la cittadinanza sociale propriamente intesa: una cittadinanza sociale che inizi a varcare, magari timidamente ma tangibilmente, la linea di demarcazione costituita dai confini nazionali. Da questo punto di vista, il merito maggiore della direttiva del 2011 è forse quello di aver riportato al centro della scena, sul piano della riflessione prospettica, la questione – troppe volte elusa – della configurazione di un «modello sociale europeo»: ossia, in altre parole, la necessità di un'Europa (anche) sociale che proietti realmente l'impalcatura eurounitaria nel futuro, traendola fuori dalla mera *comfort zone* (oramai priva di spinta propulsiva) dei mercati, della finanza, degli scambi, della libera circolazione.

Il ciclone pandemico, da ultimo, ha nuovamente costretto l'Unione, sia pure *ex post*, a mettere al centro delle sue iniziative la protezione della salute anche nel suo inevitabile risvolto prestazionale e sociale<sup>20</sup>. In questo senso, ad esempio, il recente regolamento (UE) 2021/522 che ha introdotto il «programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027» (c.d. *EU4Health*), sembra assistito dalla consapevolezza, per una volta, che non è seriamente possibile costruire e rafforzare un sistema di tutela senza impegnare nel progetto le risorse finanziarie necessarie: non vi può essere, insomma, alcun efficace modello di protezione sociale che sia raggiungibile attraverso le «clausole di invarianza finanziaria». Anche il citato regolamento, tuttavia, non può che muoversi nel quadro delle competenze attualmente vigenti incentrate, come si è ripetutamente sottolineato, sul ruolo degli Stati membri, dei quali può «soltanto» essere incentivata e promossa la «collaborazio-

---

*pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 2017, 953 ss., nonché A.O. Cozzi, *Perché il Pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2018, 516 ss.; sulla successiva attuazione del Pilastro, G. GOTTI, *L'implementazione partecipata del Pilastro europeo dei diritti sociali: "nuovo inizio" e vecchi problemi*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 166 ss.

<sup>20</sup> Sull'emergenza pandemica da Covid-19 come «occasione» per ripensare il ruolo dell'Unione europea in materia sanitaria, anzitutto per la tutela della sanità pubblica, v. A. ALEMANNI, *Towards a European Health Union: Time to Level Up*, in *European Journal of Risk Regulation*, 11/2020, 721 ss.

ne e cooperazione»<sup>21</sup>. In definitiva, lo stesso programma *EU4Health* – senza che comunque se ne possa negare l'ampia e impegnativa portata, dai tratti indubbiamente straordinari – fornisce un'ulteriore conferma che, in assenza di una revisione delle norme dei Trattati istitutivi in tema di attribuzioni, l'unico modello sociale europeo conseguibile consiste (nella migliore delle ipotesi) nella sommatoria, collaborativa e cooperante, dei modelli sociali degli Stati che compongono l'Unione.

---

<sup>21</sup> Sul regolamento che introduce il programma *EU4Health*, in relazione alle competenze dell'Unione, v. A. RIZZO, *La crisi pandemica e la nuova centralità delle politiche sanitarie europee alla luce della disciplina "EU4Health"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2021, 107 ss., spec. 125, dove si sottolinea, come profilo di particolare interesse della disciplina regolamentare, l'inserimento di «indicazioni a favore di una estensione delle questioni di sanità pubblica a tutti gli strumenti di c.d. "politiche attive" dell'Unione, quelle in particolare che si realizzano attraverso i vari fondi strutturali».

