

Un nodo ancora irrisolto sul riparto di giurisdizione: le prestazioni sanitarie all'estero tra giudice ordinario e giudice amministrativo

di

Graziana Urbano*

Sommario: 1. Il tema delle prestazioni sanitarie da erogarsi all'estero nel cono d'ombra del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo – 2. La difficoltà di inquadramento della situazione giuridica soggettiva tra diritto soggettivo e interesse legittimo – 3. Le posizioni opposte della giurisprudenza: le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si pronunciano sulla giurisdizione attribuendola al giudice ordinario – 4. Il Consiglio di Stato torna sulla questione riaffermando la sua giurisdizione – 5. La "rivincita" del potere amministrativo sulle situazioni giuridiche soggettive come criterio attributivo della giurisdizione sulla base della loro eguaglianza.

1. Il tema delle prestazioni sanitarie da erogarsi all'estero nel cono d'ombra del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo

Il tema del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo presenta ancora alcune zone d'ombra¹, nonostante sia stato a lungo oggetto dei dibattiti dottrinali e degli interventi giurisprudenziali, arrivati a concludere, in maniera più o meno condivisa, che il criterio distintivo per adire le due giurisdizioni o quanto meno la giurisdizione amministrativa sia basato essenzialmente sull'esistenza o meno dell'esercizio del potere (autoritativo) da parte dell'amministrazione, nonostante residui ancora, invero, un retaggio del

* Ricercatrice a tempo determinato presso l'Università di Foggia.

¹ Cfr. F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 2021,1, 1 e ss., alla nota 41, fa rientrare il caso delle autorizzazioni ad effettuare cure mediche all'estero tra i casi (forse) particolari nell'ambito del tradizionale tema del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario (*rectius*, civile) e giudice amministrativo.

“vecchio” criterio di riparto fondato sulla tipologia della situazione giuridica soggettiva lesa, secondo il binomio diritto soggettivo - al giudice ordinario, interesse legittimo - al giudice amministrativo².

Tra le zone d’ombra, un ambito assai delicato - sicuramente per gli importanti riflessi soprattutto a livello pratico - che non riesce ancora a trovare chiarezza e organicità soprattutto sul piano della tutela giurisdizionale, è quello relativo alla cd. mobilità sanitaria in cui al centro si colloca il diritto del cittadino ad ottenere le prestazioni sanitarie anche in un luogo diverso da quello di residenza, ma a carico del servizio sanitario di appartenenza.

In questa materia, infatti, la difficoltà attiene proprio all’individuazione del giudice a cui appartenga la giurisdizione nel caso di lesione della sfera giuridica del cittadino utente a fronte del diniego di prestazione sanitaria erogata all’estero o, meglio, la difficoltà si rintraccia nel comprendere se quest’ultimo sia titolare di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo.

Il dubbio è legato essenzialmente alla complessità di una disciplina legislativa in tema di prestazioni sanitarie che distingue due tipi di regime: uno definito “indiretto” o “di assistenza indiretta”; l’altro definito “diretto” o “di assistenza diretta”. La distinzione verte essenzialmente sulle modalità di copertura dei costi sostenuti per la prestazione sanitaria erogata all’estero da parte del servizio sanitario nazionale: nell’assistenza diretta, disciplinata dai Regolamenti di sicurezza sociale CE n. 883 del 29 aprile 2004 e n. 987 del 16 settembre 2009, il pagamento della prestazione è direttamente a carico del servizio sanitario; nell’assistenza indiretta, disciplinata dal d.lgs. n. 38 del 4 marzo 2014 che ha recepito a sua volta la direttiva UE n. 24 del 9 marzo 2011, il corrispettivo della prestazione sanitaria è a carico del soggetto che ne usufruisce che sarà in seguito

² Cfr. F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. e proc. amm.*, 1989, 549 e ss.

rimborsato dalla competente Azienda sanitaria italiana, attese le condizioni previste dalla suddetta normativa³.

In entrambi i regimi, il profilo che si ritiene più interessante in questa sede è quello relativo alla procedura amministrativa che è chiaramente di tipo autorizzatorio secondo quanto indicato e con le distinzioni dettate dalle rispettive discipline⁴: su questo verte tutta la presente riflessione, essenziale a individuare il giudice competente, nonché configurare la situazione giuridica soggettiva coinvolta.

2. La difficoltà di inquadramento della situazione giuridica soggettiva tra diritto soggettivo e interesse legittimo

La materia dei ricoveri sanitari all'estero rientra, sicuramente, in quella più generale che attiene all'esercizio del diritto fondamentale alla salute, nella declinazione del diritto finanziariamente condizionato⁵, in relazione al quale la dottrina pubblicistica e la giurisprudenza nazionale sono apparse sempre piuttosto incerte circa il suo inquadramento nonché circa il riconoscimento degli strumenti che possano adeguatamente tutelarlo⁶.

³ Per un esame approfondito della materia cfr. N. POSTERARO, *Curarsi in Europa è possibile? Come e se il decreto sull'assistenza transfrontaliera n. 38/2014 condizioni e ostacoli l'esercizio del diritto alla salute*, in *Medicina e Morale*, 2017, 209 e ss.

⁴ Sul punto si segnala anche il recente d.m. 16 aprile 2018 n. 50, ossia il Regolamento in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera soggetta ad autorizzazione preventiva.

⁵ L'espressione è di F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni'80*, in *Il diritto amministrativo degli anni'80*, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione, Milano, 1977, 150 ss.; C. PINELLI, *Diritti costituzionalmente condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, a cura di RUGGERI A. – ROMBOLI A., Torino, 1994, 548 e ss.; B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in PEZZINI B.- GALLO C.E., *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998.

Sulla configurazione del diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato, cfr. R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, 531 e ss.; R. MANSERVISI, *Autorizzazione al ricovero all'estero per cure mediche e rimborso delle spese: brevi annotazioni a margine di una recente pronuncia del giudice amministrativo (nota a T.A.R. Emilia- Romagna, sez. I, 26 aprile 1996, n. 260)*, in *Sanità Pubblica*, II, 1996, 917 ss.

⁶ Cfr. L. ROSA BIAN, *Le cure e gli interventi sanitari eseguiti all'estero tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 3, 722 e ss. e A. IACUONE, *Diritto alla salute e autorizzazione alle*

Sicuramente rilevante è l'orientamento della Corte Costituzionale⁷ – ormai risalente nel tempo - che pur riconoscendo il diritto alla salute quale diritto primario e fondamentale, ha precisato che, nel suo non secondario aspetto del diritto ai trattamenti sanitari, *ex art. 32, 2 comma, Cost.*, sia soggetto alla determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di realizzazione della relativa tutela da parte del legislatore, prima, e dell'amministrazione, poi.

Orientamento giurisprudenziale che ha, sicuramente, subito l'influenza dell'interpretazione dottrinale⁸ la quale ha configurato il diritto alla salute - quale diritto ad ottenere trattamenti sanitari garantito ad ogni individuo – come (si anticipava) un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, alla luce dei limiti rappresentati dalle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone. In questa fattispecie, vi rientra anche il diritto a fruire di cure all'estero che, per l'appunto, si manifesta solo entro i limiti della disponibilità di risorse finanziarie previste discrezionalmente dal legislatore⁹, tanto da essere qualificato anch'esso come un diritto finanziariamente condizionato.

prestazioni sanitarie all'estero: questioni di giurisdizione ed effettività della tutela, in *GiustAmm.it*, 2016, 1 e ss.

⁷ Cfr. Corte Cost., 15 maggio 1994, n. 304, in *Cons. Stato*, 1994, II, 1086 ss., che afferma che «il diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost., è condizionato all'attuazione che il legislatore, con criteri di ragionevolezza, sindacabili dal giudice, ne dia attraverso il bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti e tenendo conto delle risorse organizzative e finanziarie disponibili»; Corte Cost., 16 ottobre 1990, n. 455, in *Giur. Cost.*, 1990, 2732; Corte Cost., 31 gennaio 1991, n. 40, in *Giur. Cost.*, 1991, 274 ss.; Corte Cost., 24 gennaio 1992, n. 19, in *Giur. Cost.*, 1992, 99; Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 247, in *Giur. it.*, 1993, I, 1 918 ss.

⁸ Cfr. R. FERRARA, *Prestazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive degli utenti del Servizio sanitario nazionale*, in R. FERRARA - P.M. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino, 1999, 197 ss.; ID., *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, in partic. 530 ss.; ID., *Professioni mediche e tutela delle situazioni giuridiche degli utenti: appunti*, in *Sanità pubblica*, 1999, 1077 ss. Cfr. altresì F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 28 ss.

⁹ Rientra nella discrezionalità del legislatore ordinario determinare l'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse sulla base di un razionale contemperamento delle esigenze di vita dei cittadini che ne sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti pur costituzionalmente garantiti in relazione alle disponibilità finanziarie. Corte Cost., 10 novembre 1982, n. 180, in *Giur. Cost.*, 1982, I, 2010; cfr. anche, Corte Cost., 07 luglio 2006, n. 279, in *Giur. Cost.*, 2006, 4; Corte Cost., 27 ottobre 2006, n. 342, in *Ragiusan*, 2007, 275.

In particolare, in questa materia, l'esposto orientamento della giurisprudenza costituzionale ha subito successivamente un ridimensionamento¹⁰ alla luce dal regime derogatorio alla allora vigente regola generale dell'autorizzazione preventiva¹¹, che, stante l'eccezionalità e la gravità delle prestazioni sanitarie

¹⁰ Cfr. Corte Cost., 20 novembre 2000, n. 509, in *Giur. Cost.*, 2000, 6 ss., che stabilisce che «È costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 l. reg. Lombardia 5 novembre 1993 n. 36, nella parte in cui non prevede il concorso nelle spese per l'assistenza indiretta, per le prestazioni di comprovata gravità e urgenza, quando non sia possibile ottenere la preventiva autorizzazione e sussistano le altre condizioni necessarie per il rimborso. La preclusione assoluta ed indifferenziata dell'ammissibilità del rimborso delle spese sostenute in tutti i casi nei quali l'assistito non abbia preventivamente richiesto l'autorizzazione per accedere all'assistenza indiretta, senza alcuna deroga neppure per le ipotesi in cui ricorrano particolari condizioni di indispensabilità, gravità e urgenza non altrimenti sopperibili, non assicura l'effettiva tutela della salute e vulnera l'art. 32 Cost., ponendosi altresì in contrasto con l'art. 3 Cost. perché realizza una soluzione intrinsecamente non ragionevole»; Corte Cost., 16 luglio 1999, n. 309, in *Giur. Cost.*, 1999, 4, 2508 ss., con nota di L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*, in *Giur. Cost.*, 2001, 2, 873 ss. che stabilisce che «Sono costituzionalmente illegittimi - per contrasto con l'art. 32 Cost. - l'art. 37 l. 23 dicembre 1978 n. 833 e gli art. 1 e 2 d.P.R. 31 luglio 1980 n. 618, nella parte in cui, a favore dei cittadini italiani che si trovano temporaneamente all'estero, non appartengono 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».

¹¹ La disposizione di riferimento è la legge n. 595 del 23 ottobre 1985, rubricata «norme per la programmazione sanitaria», che all'articolo 3, comma 5, ha stabilito che con Decreto del Ministero della Sanità siano previsti i criteri di fruizione, in forma indiretta, di prestazioni assistenziali presso centri di altissima specializzazione all'estero, in favore di cittadini italiani residenti in Italia, per prestazioni che non siano ottenibili nello Stato italiano tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico. In attuazione di tale disposizione è stato successivamente emanato il decreto del Ministero della Sanità del 3 novembre 1989, in materia di fruizione, in forma indiretta, di prestazioni assistenziali presso i centri di altissima specializzazione all'estero. L'art. 5 del d.m. del 3 novembre 1989 ha previsto i Centri di altissima specializzazione all'estero, stabilendo, al primo comma, che «Ai fini del presente decreto è da considerarsi centro di altissima specializzazione la struttura estera, notoriamente riconosciuta in Italia, che sia in grado di assicurare prestazioni sanitarie di altissima specializzazione e che possieda caratteristiche superiori paragonate a *standards*, criteri e definizioni propri dell'ordinamento sanitario italiano», al secondo, che «La valutazione della sussistenza dei predetti requisiti è rimessa al centro regionale di riferimento territorialmente competente». Il decreto, in sostanza, ha stabilito espressamente le condizioni e i presupposti per l'accoglimento delle richieste di prestazione da erogarsi all'estero, in favore dei cittadini italiani residenti in Italia: sono, il primo, che la prestazione non sia ottenibile tempestivamente in Italia e, il secondo, che la prestazione non sia ottenibile in forma adeguata alla particolarità del caso clinico. Per "prestazione non ottenibile tempestivamente", ai sensi dell'art. 2 del d.m del 3 novembre 1989 deve intendersi quella prestazione per la cui erogazione le strutture pubbliche o convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale richiedono un periodo di attesa incompatibile con l'esigenza di assicurare con immediatezza la prestazione stessa, ossia quando il periodo di attesa comprometterebbe gravemente lo stato di salute dell'assistito ovvero precluderebbe la possibilità dell'intervento e delle cure. Per prestazione "non ottenibile in forma adeguata alla

richieste, ha differito gli adempimenti volti alle verifiche dei presupposti di legge ad un momento successivo¹².

Nella ipotesi in cui si fosse verificata una situazione di “comprovata eccezionale gravità ed urgenza” - una situazione in grado di determinare per il paziente il pericolo di vita, di aggravamento della malattia o di non adeguata guarigione, superabile soltanto con la somministrazione di cure immediate non erogabili dal Servizio Sanitario Nazionale – non essendo necessaria la preventiva autorizzazione dell’amministrazione sanitaria, si manifesterebbe a pieno il diritto fondamentale alla salute: non vi sarebbe in questo caso esercizio di alcun potere (discrezionale) da parte dell’amministrazione (che, infatti, non sarebbe tenuta a rilasciare alcuna preventiva autorizzazione), ragion per cui, in tale ipotesi, riemergerebbe la

particolarità del caso clinico”, ai sensi dell’art. 2, comma 4, del d.m. 3 novembre 1989, si intende la prestazione che richiede specifiche professionalità ovvero procedure tecniche o curative non praticate ovvero attrezzature non presenti nelle strutture italiane pubbliche o convenzionate con il Servizio sanitario nazionale. A stretto giro è stato successivamente emanato il decreto ministeriale del 24 gennaio 1990 - successivamente modificato dal decreto del 13 maggio 1993, per i soli casi di urgenza- avente ad oggetto l’identificazione delle classi di patologia e delle prestazioni fruibili presso centri di altissima specializzazione all’estero e l’elenco delle patologie per le quali, superati gli indicati tempi di attesa previsti dal decreto stesso, sia possibile ricevere autorizzazione per usufruire delle necessarie cure all’estero. Quanto alla procedura amministrativa di tipo autorizzatorio: la istanza, per mezzo dell’Azienda sanitaria regionale di iscrizione, è presentata al competente Centro regionale di riferimento, il quale - nel rilasciare l’autorizzazione – deve, in primo luogo, verificare la sussistenza sul territorio italiano di strutture idonee ad eseguire, entro tempi ragionevoli, le prestazioni sanitarie richieste e, in secondo luogo, valutare il carattere di cd. altissima specializzazione della struttura estera. I presupposti per il rilascio del provvedimento autorizzatorio sono, pertanto: a) la verifica dell’impossibilità di fruire tempestivamente di prestazioni nelle strutture del Servizio Sanitario Nazionale o ad esso convenzionate ovvero di prestazioni in forma adeguata alla particolarità del caso clinico; b) la verifica della qualifica di “altissima specializzazione” del centro di ricovero e della prestazione sanitaria da erogarsi; c) la verifica del decorso di un periodo di attesa incompatibile con la contrapposta esigenza di assicurare con immediatezza la prestazione al richiedente e con la natura della prestazione che richiede specifiche professionalità o procedure tecniche o curative non praticate o attrezzature non presenti nell’ambito delle strutture del Servizio Sanitario Nazionale o ad esso convenzionate.

L’unica deroga al regime autorizzatorio è stabilita espressamente dalla normativa, *ex art. 7*, comma 2, del decreto ministeriale del 3 novembre 1989 citato, per le prestazioni di comprovata eccezionale gravità ed urgenza, ivi comprese quelle usufruite dai cittadini che si trovino già all’estero; in tali casi la valutazione *ex post* della sussistenza dei presupposti e condizioni ed i pareri sulle spese rimborsabili è attribuita al Centro di Riferimento territorialmente competente, sentita la Regione.

¹² Cfr. A. GIUSTI, *Il danno alla salute nella giurisprudenza costituzionale*, in *Valutazione del danno alla salute*, a cura di BARGAGNA M.- BUSNELLI M., IV ed., Padova, 2001, 214.

situazione soggettiva dell'assistito di diritto soggettivo perfetto, tutelabile dinanzi al giudice ordinario¹³.

Mancando qui l'esercizio del potere autorizzatorio discrezionale della amministrazione, riemergerebbe dunque il diritto primario e fondamentale alla salute, il cui necessario temperamento con altri interessi, seppur costituzionalmente protetti, non vale a privarlo della consistenza di diritto soggettivo perfetto, tutelabile dinanzi al giudice ordinario¹⁴, per ottenere il rimborso delle spese sostenute.

La consistenza di diritto soggettivo, infatti, non verrebbe alterata, in quanto il potere dell'amministrazione sanitaria si sostanzierebbe nel mero esercizio di apprezzamento dell'urgenza della prestazione sanitaria ottenuta all'estero, secondo criteri di discrezionalità tecnica¹⁵: siffatto esercizio è sempre inidoneo a determinare l'affievolimento del diritto soggettivo, tanto più di un diritto primario e fondamentale come quello alla salute¹⁶.

Tale giurisprudenza era incentrata, in sostanza, sulla riemersione del diritto alla salute, come diritto fondamentale, primario ed inviolabile dell'individuo, non degradabile dal pubblico potere – secondo la teoria della c.d. degradabilità del diritto soggettivo a interesse legittimo¹⁷ - in vista di esigenze organizzative e /o finanziarie.

¹³ Cfr., T.A.R. Campania, sez. I, 22 ottobre 2007, n. 9815, in *Foro amm. TAR* 2007, 10 3178 ss., che stabilisce che «Nelle ipotesi in cui la controversia abbia ad oggetto la pretesa dell'assistito di ricevere prestazioni sanitarie in situazioni di urgenza, di pericolo di vita o comunque di un grave peggioramento, il diritto alla salute non è suscettibile di affievolimento, tale restando anche di fronte al potere dell'Amministrazione pubblica, con la conseguenza che la competenza a conoscere della stessa appartiene al g.o.»; Cass. Civ. Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11333, in *Giust. civ.*, 2005, 5 ss.; Cass. Civ. Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11334, in *Ragiusan*, 2005, 257, 204 ss.

¹⁴ Cfr. Corte Cass. Sez. Un., 10 marzo 1999, n. 117, in *Gius. Civ. Mass.*, 1999, 531 ss.; Corte Cass., Sez. Un., 28 ottobre 1998, n. 10737, in *Giust. Civ.*, 1998, 2199 ss.; Corte Cass., Sez. Un., 12 giugno 1997, n. 5297, in *Foro it.*, 1997, I, 2075 ss.; Cass. Civ. Sez. Un., 28 giugno 2006, n. 14848, in *Foro amm. CDS*, 2006, 11, 2996 ss.

¹⁵ Cfr. T.A.R. Lombardia, 18 luglio 2005, n. 769, in *Foro amm. TAR* 2005, 7/8, 2277 ss.

¹⁶ Corte Cass. Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11334, in *lexitalia.it* e in *Foro amm. CDS*, 2005, 1682 ss.

¹⁷ Sulla definizione e sulla problematica dei diritti non degradabili, cfr. F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in *Diritto amministrativo*, a cura di SCOCA F.G., Torino, 2008, 150 ss. L'A. conferma l'orientamento della Cassazione che ebbe inizio alla fine degli anni '70, che ritenne di «individuare diritti non limitabili né estinguibili ad opera dell'Amministrazione: si venne a creare la categoria dei diritti non degradabili, detti anche

Pertanto, in sostanza, il diritto a ricevere prestazioni sanitarie¹⁸ all'estero si snoderebbe in due distinte tipologie: una generale o ordinaria, condizionata e dipendente da esigenze e da disponibilità organizzatorie e finanziarie dell'amministrazione sanitaria¹⁹; l'altra autonoma e indipendente – a questo punto, eccezionale - in cui primeggerebbe il bene salute.

Abbracciando questa distinzione, diverrebbe dirimente per individuare la posizione giuridica soggettiva dell'individuo che richiede il rilascio dell'autorizzazione all'erogazione di cure in uno Stato estero, poi negatogli, capire se si tratti di un diritto condizionato o di un diritto fondamentale alla salute, perché potrebbe essere utile a determinare l'autorità giudiziaria competente, secondo il tradizionale criterio del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo che si fonda sulla lesione della situazione giuridica soggettiva.

In questo modo, in sostanza, la materia sembrerebbe allinearsi al tradizionale criterio di riparto che si basa sul binomio innanzi descritto.

diritti resistenti; categoria alla quale venivano ricondotti quei diritti che avevano riconoscimento nella Costituzione».

Cfr. anche C. SANTORIELLO, *Nuovi orientamenti in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2729; A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 200 ss.; A. CORASANITI, *I diritti fondamentali e la ripartizione della giurisdizione*, in AA.VV., *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, 2148 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*, in *Urb. e app.*, 2005, 1157 ss.; M. ANDREIS, *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006.

¹⁸ Cfr. S. OGGIANU, *I principi sulla tutela della salute ed il riparto di giurisdizione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 1, 178. Sul diritto sociale alla salute, cfr. B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in *Profili attuali del diritto alla salute*, a cura di PEZZINI B.- GALLO C.E., Milano, 1998; E. BALBONI, *Diritti sociali e doveri di solidarietà*, Bologna, 1987; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritti sociali*, in *Ns. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 759 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, II ed., Torino, 2005; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964; F. SALMONI, *Diritti sociali, sovranità fiscale e libero mercato*, Torino, 2005.

¹⁹ Il diritto segnatamente è condizionato dal limite massimo di spesa destinato dallo Stato alla assistenza sanitaria, che, in forza della regola delle pari opportunità, trova la propria ragion d'essere nel rendere uguale l'accesso alle prestazioni mediche a tutti, tanto da tradurre il diritto in un "minimo decente ed adeguato di cure", in relazione alla distribuzione delle risorse. Cfr. P. FRATI, *Diritto alla salute, efficacia terapeutica e libertà di cura: a margine del caso Di Bella*, in *Rass. giur. sanità*, 1998, 184 ss.

Invero, secondo la normativa attuale, la posizione soggettiva del cittadino - utente può assumere il duplice aspetto di diritto soggettivo o di interesse legittimo, a seconda del momento in cui si verifica l'effettiva necessità di recarsi nel Paese estero e a seconda del momento in cui gli viene eventualmente negata l'autorizzazione²⁰.

In particolare, a seguito dell'istanza per ottenere l'autorizzazione preventiva per cure sanitarie erogabili all'estero presentata dal paziente all'Amministrazione sanitaria, si avvia un vero e proprio procedimento amministrativo di tipo autorizzatorio, come innanzi accennato, atto a valutare la sussistenza dei presupposti legali, che può concludersi con un provvedimento di accoglimento o di diniego della richiesta stessa.

La potestà autorizzatoria della amministrazione si sostanzia nella scelta discrezionale di una struttura ospedaliera, fuori dal territorio nazionale, che non è assoluta e incondizionata ma è subordinata al riconoscimento, da parte della struttura pubblica medesima, della propria incapacità a soddisfare adeguatamente l'esigenza dell'assistito, tempestivamente e in forma adeguata, anche sotto il profilo della disponibilità finanziaria²¹.

Quindi, a fronte dell'esercizio di siffatto potere autorizzatorio, sussisterebbe una posizione di mero interesse legittimo di tipo pretensivo²²: infatti, il provvedimento che autorizza, in via preventiva, il ricovero all'estero e che ammette al successivo

²⁰ Cfr. M. VAGLI, *Cure ed interventi sanitari eseguiti all'estero in centri di altissima specializzazione: diritto soggettivo od interesse legittimo?*, in *lexitalia.it*; G. LA TORRE, *Prestazioni sanitarie-Autorizzazione per il ricovero all'estero. Presupposti, condizioni e limiti*, in *L'Amministrazione Italiana*, 1996, 6, 960 ss.

²¹ Cfr. A. SANTUARI, *Profili giuridici di tutela del paziente e diritto alla mobilità sanitaria. Opportunità e vincoli finanziari*, in *GiustAmm.it*, 2014, 111 e ss.

²² Cfr. T.A.R. Lazio, 6 giugno 2002, n. 680, in *Foro amm. T.A.R.* 2002, 2120 ss., con nota di F. RAPONI, che afferma che «Rientra nella giurisdizione del g.a. la controversia avente ad oggetto l'annullamento del diniego di autorizzazione ad effettuare cure sanitarie all'estero; essa implica, infatti, la valutazione della correttezza dell'esercizio del potere autorizzatorio dell'Amministrazione sanitaria, il quale è espressione di discrezionalità amministrativa, avendo ad oggetto la valutazione della capacità del S.s.n. di soddisfare l'esigenza dell'assistito anche sotto il profilo della disponibilità finanziaria, a fronte della quale la posizione soggettiva di quest'ultimo è di interesse legittimo»; Corte Cass. Sez. Un., 10 novembre 1992, n. 12099, in *Sanità pubblica*, 1993, 789 e ss.; Cass., 27 dicembre 1990, n. 12166, in *Mass.*, 1990.

rimborso delle spese sostenute²³ è subordinato ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione competente in ordine alla sussistenza dei presupposti richiesti *ex lege* che, pertanto, configurerebbe l'esercizio di poteri autoritativi, cui non può che correlarsi (nei confronti dei richiedenti) una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo²⁴.

Pertanto, il soggetto che si vede negata l'autorizzazione ad effettuare cure sanitarie all'estero, allorquando ritenga sussistenti i presupposti previsti dalla legge per ottenerla, può adire il giudice amministrativo, al fine di ottenerne l'annullamento, in virtù del corretto esercizio del potere da parte della amministrazione sanitaria²⁵.

La giurisprudenza, soprattutto quella più recente del giudice amministrativo, si è allineata a questa interpretazione e infatti ritiene che la posizione giuridica soggettiva del soggetto che richieda l'autorizzazione al ricovero all'estero sia, senza dubbio, di interesse legittimo e rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo.

In definitiva, la materia delle prestazioni sanitarie da erogarsi all'estero appare confermarsi una delle fattispecie "a limite" in cui si manifesterebbero entrambe le situazioni giuridiche soggettive: di interesse legittimo, limitato da giustificate e ragionevoli esigenze di interesse pubblico superiore (interesse della collettività e disponibilità di risorse finanziarie) e di diritto fondamentale e inderogabile alla salute del singolo, non suscettibile di restrizioni dettate dal pubblico potere. Questo determina senza dubbio uno stato di confusione nella individuazione dell'autorità

²³ Cfr. N. POSTERARO, *Assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia e rimborso delle spese sostenute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 1, 489 e ss.

²⁴ Cfr. T.A.R. Lazio, 17 ottobre 2005, n. 1071, in *Foro amm. TAR* 2006, 2, 641; Cass. Civ. Sez. Un., 28 ottobre 1998, n. 10737, in *Giust. Civ.*, 1998, 2199 ss.

²⁵ Sul punto si può tener conto di molteplici pronunce giurisprudenziali che hanno confermato l'illegittimità del diniego di autorizzazione a fruire di prestazioni sanitarie all'estero, quando si sia dimostrato che la prestazione debba essere fruita presso un centro di altissima specializzazione e che tale prestazione non sia ottenibile in Italia presso i servizi di alta specialità, in modo tempestivo ovvero in modo adeguato alla particolarità del caso clinico, cfr. T.A.R. Toscana, sez. II, 16 aprile 1997, n. 219, in *Sanità pubblica*, 1998, 11/12, 1167, con commento di C. CORBETTA, *Sull'autorizzazione a fruire di prestazioni sanitarie all'estero*; cfr. anche T.A.R. Toscana, sez. II, 17 dicembre 1997, n. 826, in *Sanità pubblica*, 1998, 11, 1172 ss.

giudiziaria competente, a discapito delle aspettative di tutela giurisdizionale,²⁶ costituzionalmente garantita ai singoli utenti.

3. Le posizioni opposte della giurisprudenza: le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si pronunciano sulla giurisdizione attribuendola al giudice ordinario

A dipanare il descritto quadro confusionario e il conseguenziale contrasto giurisprudenziale, è intervenuta in un recente passato, il giudice a ciò competente nell'ordinamento nazionale, ossia la Corte di Cassazione a Sezioni Unite²⁷, secondo cui la giurisdizione spetterebbe sempre al giudice ordinario²⁸, sia nel caso siano adottate situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostative alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione, come innanzi esaminato, sia nel caso che l'autorizzazione sia stata chiesta e che si assuma illegittimamente negata.

In sostanza, verrebbe sempre in considerazione il fondamentale diritto alla salute, che non può essere affievolito o degradato dalla discrezionalità (meramente tecnica, a dire del supremo consesso) dell'amministrazione, in ordine all'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni all'estero.

Il diritto alla salute, in generale, dunque, rimarrebbe un diritto primario e fondamentale, non solo quando esista realmente una situazione di urgenza, ma anche nei casi in cui sussista l'esigenza di un suo contemperamento con altri

²⁶ Cfr. C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giustizia amministrativa*, 2009, 231 e ss.

²⁷ Cfr. Cass. Sez. un. 20 gennaio-6 febbraio 2009, n. 2867.

²⁸ In tal senso, anche T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 4 novembre 2019, n. 1472, secondo cui spetta al giudice ordinario la controversia relativa al diniego di autorizzazione a fruire cure mediche all'estero, dal momento che non involge profili di bilanciamento tra interesse pubblico e privato, essendo unicamente fondato su una verifica circa la rispondenza della situazione dei ricorrenti ai presupposti legislativamente stabiliti per l'accoglimento della loro richiesta. Si tratta di una situazione in cui non viene esercitato un pubblico potere, nemmeno in via mediata e che, pertanto, non può che essere ricondotta alla giurisdizione ordinaria. Cfr. anche T.A.R. Piemonte, sez. I, 16 dicembre 2019, n. 1229.

interessi costituzionalmente protetti che potrebbero sottrargli la consistenza di diritto soggettivo perfetto.

In particolare, secondo la Cassazione, diverrebbe irrilevante - sul piano del riparto di giurisdizione - se l'intervento o la cura attengano a una situazione grave ovvero ordinaria, in quanto appare poco logico orientare la giurisdizione a seconda della tipologia d'intervento da seguire o della cura da somministrare.

In entrambi le ipotesi (ma soprattutto nei casi di richieste di autorizzazione preventive), infatti, il potere della amministrazione sanitaria deve confrontarsi con due opposte esigenze, ossia quella di evitare, da una parte, inutili esborsi e, dall'altra, lunghe liste di attesa, che potrebbero compromettere seriamente la salute del paziente.

Pertanto, in questa fattispecie, l'amministrazione eserciterebbe un potere discrezionale meramente tecnico, dal momento che, con l'ausilio di organi competenti, per lo più tecnici (medici)²⁹, deve limitarsi a verificare se esistano in Italia strutture sanitarie in grado di eseguire tempestivamente l'intervento per cui è stata richiesta l'autorizzazione preventiva a recarsi all'estero, oltre a corrispondere il rimborso sostenuto dal cittadino.

Ne conseguirebbe che la situazione giuridica del cittadino sarebbe, per l'appunto, sempre di diritto soggettivo perfetto alla salute³⁰, non comprimibile né parzialmente limitabile dalla discrezionalità tecnica della amministrazione, non solo nelle ipotesi di autorizzazione "posticipata" nelle situazioni di urgenza, ma

²⁹ Cfr. S. CASTRO, *La contestazione sulla scelta della struttura non sposta la competenza verso il Tar*, in *Guida al diritto*, 2009, 12, 41 ss., il quale chiarisce che l'accertamento del caso affrontato dalle Sezioni Unite non poteva che essere condotto da medici specializzati, perché non è semplice stabilire se una determinata struttura sia o meno in grado di provvedere al pari di una struttura estera. L'A. aggiunge che il contenuto della discrezionalità tecnica, chiaramente, si riduce di molto innanzi a patologie mediche semplici, come si complica dinanzi a quadri clinici oggettivamente difficili. Ragion per cui, non appare condivisibile che la valutazione resa dal competente personale medico possa compromettere sia l'esercizio del diritto al rimborso, sia la regolarità dell'avviata procedura.

³⁰ La Cassazione, nei motivi della decisione, afferma che «l'esigenza del temperamento 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». Come affermato da S. CASTRO, *La contestazione sulla scelta*, cit., 42, che richiama le motivazioni della sentenza, neanche le pur apprezzabili esigenze di cassa dello Stato possono prevalere, a meno che non si profili un vuoto finanziario, che però, come insegna la realtà, è presto colmabile.

anche nei casi di autorizzazione preventiva legittimamente richiesta e illegittimamente negata al paziente dall'amministrazione sanitaria.

4. Il Consiglio di Stato torna sulla questione riaffermando la sua giurisdizione

In senso diametralmente opposto, invece, più di recente, si è pronunciato il giudice amministrativo³¹ sulla questione della giurisdizione nelle controversie aventi ad oggetto la legittimità delle autorizzazioni ad effettuare prestazioni sanitarie all'estero, riaffermando la sua giurisdizione trattandosi chiaramente - a suo avviso - della manifestazione di un potere amministrativo, il cui esercizio intermedia la situazione giuridica soggettiva del cittadino che aspira ad ottenere cure gratuite all'estero.

In particolare, questo orientamento giurisprudenziale ritiene rilevante l'interesse pubblico che il potere deve realizzare consistente, nel caso di specie, nel corretto utilizzo delle risorse e nel rispetto del buon andamento dell'amministrazione sanitaria che deve essere bilanciato con l'interesse del privato ad ottenere l'autorizzazione a curarsi all'estero. Invero, il potere (di natura programmatica) attribuito all'amministrazione è il frutto di due diversi apprezzamenti: l'uno di tipo tecnico; l'altro tipicamente amministrativo di natura discrezionale, a nulla rilevando la natura della situazione giuridica soggettiva del privato; in sostanza, «una volta che il potere è stato attribuito, è al corretto esercizio di questo che deve aversi riguardo per fornire piena tutela al titolare dell'interesse sostanziale (in ciò risiede l'essenza dell'interesse legittimo)»³².

Questo orientamento sicuramente supera la teoria della c.d. degradabilità delle situazioni giuridiche soggettive che colloca il diritto soggettivo in una posizione

³¹ Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371 e Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5861. Più di recente, T.A.R. Napoli, sez. VI, 21 luglio 2021, n. 5083; Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2014, n. 19.

³² Nota a Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371, in *dirittifondamentali.it*

privilegiata e superiore, tutelata direttamente dall'ordinamento, tanto da renderlo inaffievolibile, rispetto alla posizione minore in cui sarebbe collocato l'interesse legittimo tutelabile solo indirettamente dall'ordinamento come effetto della incisione provocata dall'azione amministrativa. Teoria che, in realtà, sembrava assecondare una forma di impermeabilità della posizione giuridica soggettiva di diritto soggettivo al potere amministrativo legittimamente attribuito dalla legge e consentire al giudice ordinario di prendere sempre posizione nonché di sindacare sui rapporti segnati dall'adozione di provvedimenti amministrativi.

Il supremo consesso richiama e rammenta i tre passaggi epocali che hanno consentito di superare la teoria della degradazione dei diritti soggettivi a interessi legittimi e hanno riconosciuto una piena autonomia a questi ultimi, come interessi relativi a un bene della vita meritevole di protezione dall'ordinamento, in posizione assolutamente paritaria, rispetto ai diritti soggettivi, soprattutto circa gli strumenti di tutela.

Come noto i tre passaggi sono: il primo è rappresentato dalla rivoluzionaria sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 500 del 1999 che ha attribuito "dignità" all'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, soprattutto in termini risarcitori; il secondo è rappresentato dagli interventi legislativi culminati nell'introduzione del codice del processo amministrativo che hanno riconosciuto a entrambe le situazioni giuridiche soggettive (quindi anche ai diritti fondamentali, cioè collegati ad un bene della vita costituzionalmente protetto o socialmente considerato essenziale) una tutela pienamente soddisfattiva dinanzi al giudice amministrativo³³; il terzo è, infine, rappresentato dagli approdi del giudice delle leggi³⁴, soprattutto dopo la storica sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004³⁵ che, imperniata sul principio di parità delle situazioni giuridiche soggettive,

³³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321 che sottolinea come sia «tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo amministrativo».

³⁴ Si pensi, *ex multis*, alle sentenze della Corte costituzionale n. 140 del 2007 e n. 35 del 2010.

³⁵ L'indirizzo inaugurato dalla sentenza della Corte Costituzionale, la n. 204/2004³⁵, attribuisce al giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto l'esercizio di un potere autoritativo della P.a., che leda un interesse legittimo del privato. In tutte le controversie aventi ad oggetto

ha attribuito la giurisdizione al giudice amministrativo in tutte le controversie in cui sia coinvolta l'amministrazione come autorità, non assumendo alcuna incidenza l'interesse sostanziale da tutelare.

In definitiva, il sostrato sostanziale della situazione giuridica è sempre lo stesso³⁶ e non muta, né in *meius* né in *peius* (appunto degradandosi) a fronte dell'esercizio del potere dell'amministrazione che è oggetto del sindacato del giudice amministrativo anche nella fattispecie relative alla fruizione delle prestazioni sanitarie da erogarsi all'estero.

L'orientamento del giudice amministrativo ha, però, fatto di più.

Secondo un'interpretazione giurisprudenziale maturata proprio a ridosso della citata sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, risulterebbe "caducata" la disposizione dell'art. 33 d.lg. n. 80/98, che devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie "riguardanti le attività e prestazioni di

atti di esercizio del potere amministrativo, secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento, sussiste una "riserva di giurisdizione" in favore del giudice amministrativo, sia nella sua giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di legittimità. La tutela, quindi, consentita ai titolari di tali diritti sarebbe quella tipica di interesse legittimo, basata non già sull'affermazione della incomprimibilità del diritto soggettivo ma sulla dimostrazione del cattivo esercizio del potere da parte dell'amministrazione e sulla invalidità del provvedimento incidente negativamente sul diritto.

Tutte le volte in cui sussista un provvedimento esercizio di un potere autoritativo dell'amministrazione, che leda o sacrifichi un interesse (di tipo pretensivo) del privato a ottenere una prestazione sanitaria, la giurisdizione apparterebbe al giudice amministrativo, davanti al quale sarebbe garantita una tutela demolitoria, comprensiva dei rimedi di carattere cautelare e, anche, risarcitorio.

In relazione ai commenti sulla sentenza della Corte Costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204, cfr. AA. VV., *La sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204* – Atti del Convegno su riparto di giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione, a cura di FOLLIERI E., Milano, 2006; M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte Cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, 4, 1230 ss.; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Servizi pubbl. e app.*, 2004, 4, 799 ss.; C. DELLE DONNE, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al «nodo gordiano» diritti-interessi*, in *Giust. civ.*, 2004, 10, 2237 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 820 ss.; C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 7-8, 1908 ss.; F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 7-8, 1903 ss.; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n.204 della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 865 ss.

³⁶ Cfr. Cass., 2 settembre 2014, n. 4460.

ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario", tra cui tradizionalmente si facevano rientrare anche le prestazioni sanitarie da erogarsi all'estero.

Tale interpretazione ha comportato che le controversie relative al rimborso delle spese sanitarie sostenute per assistenza all'estero, rientrassero sempre nei casi di giurisdizione del giudice ordinario sulla base della sussistenza di un rapporto obbligatorio tra cittadini e amministrazione che escluderebbe l'esercizio del potere autorizzatorio³⁷ da parte dell'amministrazione.

In sostanza, le suddette controversie venivano considerate non attinenti alla organizzazione del servizio sanitario, ma concernenti un rapporto tra il richiedente l'autorizzazione ad effettuare la prestazione sanitaria all'estero e l'amministrazione basato su un rapporto di utenza rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario.

In questo modo, si veniva a configurare un rapporto paritetico tra utente e amministrazione senza alcun esercizio - da parte di quest'ultima - del potere (autorizzatorio) discrezionale, mancando la comparazione dell'interesse pubblico con quello del privato.

In queste ipotesi, si andava configurando tutt'al più l'esercizio di un potere di tipo vincolato a fronte di un rapporto obbligatorio paritetico tra l'amministrazione e l'utente.

Ma anche su questo aspetto, il giudice amministrativo nelle più recenti pronunce si è chiaramente espresso, escludendo che la natura vincolata del potere possa implicare il corollario della natura paritetica dei relativi atti e la conseguente giurisdizione ordinaria: da una parte, il potere vincolato non riduce il potere a un'obbligazione; dall'altra, come innanzi meglio specificato, nel caso di specie, vi è

³⁷ Cfr. Cass. Sez. Un., 08 maggio 2006, n. 10418, in *Foro amm. Cds*, 2006, 3, 509; Cass. Sez. un., 24 giugno 2005, n. 13548, in *Foro it.*, 2006, 4, 1150; T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 31 gennaio 2007, n. 14, in *Foro amm. Tar*, 2007, 1, 109; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 18 aprile 2005, n. 1031, in *Ragiusan*, 2005, 259, 268; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 24 luglio 2003, n. 645, in *Foro amm. Tar*, 2003, 2319.

comunque esercizio del potere discrezionale che legittima la giurisdizione del giudice amministrativo per le relative ipotesi di controversie.

5. La “rivincita” del potere amministrativo sulle situazioni giuridiche soggettive come criterio attributivo della giurisdizione amministrativa sulla base della loro eguaglianza

Il tema delle prestazioni sanitarie all'estero offre l'occasione per una riflessione sui connotati delle situazioni giuridiche soggettive e sulla “rivincita” del potere amministrativo come elemento dirimente nell'individuazione della giurisdizione³⁸. Come noto, tradizionalmente, l'interesse legittimo ha faticato ad essere riconosciuto nell'ordinamento nazionale come una situazione giuridica soggettiva autonoma e indipendente rispetto al diritto soggettivo. Proprio per la sua articolata e complessa definizione nonché configurazione giuridica, esso, infatti, è sempre stato costruito in opposizione e confronto alla più riconosciuta posizione di diritto soggettivo, soprattutto dal punto di vista della tutela giurisdizionale.

Sotto quest'ultimo aspetto, già Feliciano Benvenuti³⁹, quando discorreva nei suoi scritti di un rapporto paritario tra amministrazione e privato⁴⁰, partiva dalla amara considerazione che tra le due posizioni giuridiche di interesse legittimo e diritto soggettivo esistesse una diversa tutela. Secondo Benvenuti, infatti, all'interesse legittimo è riconosciuto un «valore minore rispetto al diritto soggettivo in termini di tutela» che conduce al «disconoscimento di una posizione paritaria del cittadino nei confronti dell'amministrazione, quale è quella che deriva da un rapporto nel quale al cittadino sia riconosciuta una posizione di diritto soggettivo». Tuttavia,

³⁸ Cfr. B. GARGARI, *Il diniego di cure all'estero motivato con riguardo alle carenze strutturali dell'amministrazione sanitaria costituisce esercizio di un potere amministrativo, rientrando nella giurisdizione di legittimità del g.a., indipendentemente dal carattere vincolato o discrezionale dell'atto*, in *Foro amm.*, 2020, fasc. 9, 1613 e ss.

³⁹ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, *passim*.

⁴⁰ Cfr., sul punto, L. FERRARA, *La giustizia amministrativa paritaria e l'attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1009 e ss.

emergeva già nei suoi scritti la perplessità nei confronti di un potere amministrativo prevalente sulla posizione del cittadino e argomentava circa la necessità di armonizzare l'interesse privato con l'interesse pubblico, atteso che «in un ordinamento democratico non è con l'indiscriminato sacrificio degli interessi privati che si attua nel modo migliore l'interesse pubblico».

Ma è stato mediante lo studio delle norme costituzionali, in particolare degli artt. 2 e 97 della Costituzione, che l'Autore intravide l'occasione per ridurre la distanza tra interesse legittimo e diritto soggettivo tanto da riconoscere al primo una posizione pienamente protetta. Una graduale eguaglianza tra le due situazioni che, per essere realizzata, avrebbe dovuto superare alcuni ostacoli, primo fra tutto quello della risarcibilità dell'interesse legittimo, il cui dogma è stato infranto con la citata sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999 che ha inaugurato una stagione florida di rivincite da parte dell'interesse legittimo⁴¹ e degli strumenti di tutela a quest'ultimo accordati.

Una stagione che ha condotto a importanti risultati, soprattutto nella direzione di un progressivo avvicinamento tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo, in particolare proprio sotto il profilo della tutela giurisdizionale⁴².

Sul piano della tutela giurisdizionale, infatti, non vi sarebbe alcuna differenza tra le due posizioni giuridiche soggettive, ma rileverebbe, invece, solo l'esercizio del

⁴¹ Alla base delle motivazioni di questa storica sentenza, per la configurabilità della responsabilità aquiliana dettata dall'art. 2043 c.c. non assume alcuna rilevanza la qualificazione formale della posizione giuridica soggettiva che vanta il soggetto, dal momento che la tutela risarcitoria si relaziona ed è assicurata solamente nel caso si riconosca un danno ingiusto. Quest'ultimo, infatti, può derivare indifferentemente sia dalla lesione di un diritto soggettivo sia di un interesse legittimo; l'unica condizione imposta dalla normativa è che si tratti di una situazione giuridica protetta dall'ordinamento. Cfr. A. MASARACCHIA, *Una doppia esigenza: effetti giuridici stabili e bilanci PA più solidi*, in *Guida al diritto*, 2017, 22, 105 che richiama la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 500 del 1999.

Da questa prospettiva (accolta, poi, dalla giurisprudenza successiva), le due situazioni sono eguali, tanto che dalla loro lesione in egual modo può derivare un danno. In altri termini, laddove il *vulnus* colpisca un interesse legittimo o un diritto soggettivo, l'entità del danno non muta in relazione alla situazione giuridica lesa. È, infatti, ormai consolidata opinione che l'interesse legittimo sia una situazione giuridica soggettiva, sostanziale, risarcibile: esso, infatti, ha raggiunto la compiutezza e la pienezza dei suoi mezzi di tutela. Cfr., F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2017, 45 e ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, *passim*.

⁴² Cfr. S. PERONGINI, *Genesi ed evoluzione del sistema di giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. CIRILLO – S. PERONGINI, Torino, 2020, 43 e ss.

potere amministrativo a determinare o meno la giurisdizione del giudice amministrativo a fronte, indifferentemente, della lesione della situazione giuridica soggettiva.

Non fosse altro perché il processo (che sia instaurato dinanzi al giudice ordinario o davanti al giudice amministrativo) si snoda nelle stesse modalità e con i medesimi caratteri.

Il processo, infatti, si sviluppa nell'ipotesi in cui la situazione giuridica soggettiva (sia di interesse legittimo sia di diritto soggettivo) sia stata lesa e il soggetto titolare della medesima intenda ottenere "giustizia" per il *vulnus* subito.

I soggetti si relazionano davanti a un terzo soggetto che è il giudice, il quale deve sindacare sull'assetto degli interessi coinvolti in relazione alla domanda giudiziale promossa dal privato.

La finalità epistemica del processo è, d'altra parte, l'«accertamento della verità»⁴³ adottata nel processo, al di là che la situazione giuridica soggettiva sostanziale sia di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

Questi aspetti descritti - distintivi e caratterizzanti il processo - sono rintracciabili nel caso di lesione di entrambe le situazioni giuridiche soggettive; infatti, sotto questo profilo, il diritto di azione giurisdizionale deve intendersi come «diritto» a sé stante, secondo un'interpretazione di chiovendiana memoria⁴⁴, che attiene sia alla lesione del diritto soggettivo che dell'interesse legittimo.

In sostanza, il diritto di azione giurisdizionale connota entrambe le situazioni soggettive lese ed è un diritto che, sebbene connesso, è totalmente autonomo e slegato dall'interesse legittimo o dal diritto soggettivo che si intende tutelare dinanzi al giudice. Pertanto, nel momento in cui si inizi un'azione giudiziale, è trascurabile la differenza tra le due situazioni giuridiche soggettive.

⁴³ F. DI DONATO, *Il super-giudice ovvero il giudice come garante della funzione epistemica del processo. Note a margine di un volume di Michele Taruffo*, in *Soc. del dir.*, 2010, 1, 192 e ss. che nel commentare l'opera di Taruffo, sottolinea l'esistenza di sistemi in cui il processo è il mezzo per il raggiungimento di un fine consistente nella soluzione della controversia tra le parti, non già dell'accertamento della verità.

⁴⁴ F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, cit., 41 che richiama G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, 50.

D'altra parte, l'art. 24 della Costituzione prevede, senza alcuna distinzione, il potere di agire in giudizio per la tutela di diritti soggettivi e interessi legittimi, in egual maniera. La Costituzione, come è stato evidenziato, «non distingue, anzi *parifica totalmente il diritto soggettivo e l'interesse legittimo*»⁴⁵.

Il diritto di azione che la norma garantisce a tutti i soggetti dell'ordinamento non cambia se ad invocare la tutela sia il titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo e, proprio per tale ragione, esso si connota della generalità, autonomia ed astrattezza⁴⁶, dove l'autonomia consiste, per l'appunto, nel diritto alla pronuncia giurisdizionale, al di là dell'esito favorevole o meno alla soddisfazione dell'interesse o del diritto che si presume leso.

La generalità sta a indicare l'attribuzione a tutti i soggetti dell'ordinamento del poter di invocare una tutela processuale, nel caso di un *vulnus* subito; mentre, per astrattezza si intende l'indipendenza dalla situazione sostanziale.

Dal punto di vista della tutela giurisdizionale, quindi, è difficile trovare delle differenze tra le due situazioni soggettive.

L'orientamento sostenuto dalla citata giurisprudenza amministrativa si colloca in questa direzione ed è, pertanto, assolutamente condivisibile in una prospettiva più ampia (che va al di là delle sacche di incertezza come quella relativa alla materia delle prestazioni sanitarie all'estero) nella misura in cui consente di riconoscere una tutela effettiva, piena e soddisfattiva a entrambe le situazioni giuridiche soggettive, in una posizione di assoluta parità, dinanzi al giudice amministrativo.

In sostanza, l'orientamento del giudice amministrativo si allinea sicuramente ai più recenti approdi dottrinali e giurisprudenziali che devolvono alla giurisdizione amministrativa le controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo⁴⁷, al di là che quest'ultimo sia di natura discrezionale o vincolato e al di là della posizione giuridica soggettiva lesa.

⁴⁵ E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2017, 179.

⁴⁶ *Ibidem*, 180.

⁴⁷ Cfr. F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 2 e ss.

In ogni caso la giurisdizione spetta al giudice amministrativo: fuori discussione nelle controversie relative a provvedimenti manifestazione di esercizio del potere discrezionale, lo stesso può sostenersi per quelle relative a provvedimenti vincolati a fronte dei quali «non serve affatto stabilire se il cittadino sia titolare di diritti soggettivi o interessi legittimi»⁴⁸.

Ad essere dirimente, quindi, circa l'attribuzione della giurisdizione, non è l'inquadramento della situazione giuridica soggettiva, dal momento che sono assolutamente uguali, ma l'esercizio del potere amministrativo, inteso come criterio alla base del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: ad assumere rilievo è, pertanto, il potere amministrativo (sia esercitato che non) essendo indifferente la lesione di interesse legittimo e di diritto soggettivo, anche se trattasi, come nel caso di specie, di un diritto fondamentale come quello alla salute. Anzi, il carattere fondamentale del diritto non rappresenta una deroga alla suddetta regola di riparto, né tanto meno gli va riconosciuto un ultroneo rilievo proprio per siffatta natura: è al potere, una volta attribuito, o meglio, al suo corretto esercizio che deve aversi riguardo per riconoscere una tutela piena al titolare dell'interesse sostanziale dinanzi al giudice amministrativo.

Ciò vale anche per il diritto alla prestazione sanitaria da erogarsi all'estero di cui si discute che necessita di una mediazione amministrativa dal momento che deve confrontarsi con interessi pubblici potenzialmente antagonisti e con le scarse risorse economiche e materiali disponibili. Ed è proprio l'attribuzione di un tale potere e del suo corretto esercizio che deve essere sindacato dal giudice amministrativo al fine di fornire piena tutela al titolare dell'interesse sostanziale, senza che abbia alcuna rilevanza la natura "fondamentale" della situazione giuridica.

Occorre, pertanto affrancarsi dal falso mito che solo il giudice ordinario possa garantire a questa tipologia di interesse o di situazione giuridica soggettiva una tutela piena ed effettiva: essa è assolutamente assicurata anche dal giudice amministrativo nella stessa e identica maniera e misura.

⁴⁸ *Ibidem*.

D'altra parte, se così non fosse, non si comprenderebbe la ragione per cui il giudice amministrativo debba esercitare un sindacato più debole, con meno poteri rispetto a quello che sarebbe garantito dal giudice ordinario; anzi, proprio le recenti conquiste del giudice amministrativo⁴⁹ - per lo più consacrate negli istituti del codice del processo amministrativo - lo rendono assolutamente uguale al giudice ordinario in ordine alla realizzazione della tutela delle due situazioni giuridiche soggettive, trattandosi entrambi di giudici preordinati alla tutela delle pretese sostanziali.

In definitiva, viene meno il "monopolio" del giudice ordinario come l'unico in grado di riconoscere tutela piena ed effettiva ai diritti soggettivi, non sussistendo, invero, alcun fenomeno di degradazione: «diritti soggettivi e interessi legittimi piuttosto convivono tutte le volte in cui l'interesse sostanziale di cui la persona è titolare è protetto nella vita di relazione e al contempo il suo godimento è conformato dalla legge attraverso la previsione di un potere pubblico che ne assicuri la compatibilità rispetto agli interessi della collettività»⁵⁰.

Si aggiunga che, pertanto, nel momento in cui si dà rilievo solo ed esclusivamente all'esercizio del potere amministrativo (come nel caso di specie in discorso) come criterio di attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo, in grado di assicurare al paziente una tutela piena ed effettiva (non minore rispetto a quella che tradizionalmente sarebbe garantita dal solo giudice ordinario) e si attribuisce, quindi, meno peso alla situazione giuridica soggettiva lesa, anche la distinzione tra le tre tipologie di giurisdizione amministrativa (in particolare ci si riferisce a quella esclusiva o di merito) non avrebbe più alcun senso.

In sostanza, la giurisdizione del giudice amministrativo potrebbe ormai intendersi come unica, senza alcuna distinzione interna, essendo assolutamente in grado di assicurare una tutela piena ed effettiva a tutte le posizioni giuridiche soggettive a fronte dell'esercizio del potere amministrativo: in questo modo, le zone d'ombra, attualmente esistenti, sarebbero lumeggiate e rischiarate.

⁴⁹ Cfr. G. DE GIORGI, *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in AIPDA, *Annuario 2012*, Napoli, 9 e ss.

⁵⁰ Cfr., Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371.