

Devolution, diritti, identità: la tutela della salute fra asimmetrie ed esigenze di uniformità

Carlo Casonato, Cinzia Piciocchi*

1. Introduzione: devolution e *unequal protection* dei diritti

Ogni processo di decentramento politico-amministrativo, compresi quelli italiano e britannico, tenta di combinare, a diversi livelli e con diversa intensità, esigenze di unità e di differenziazione. Nonostante non vi sia dovunque piena consapevolezza, pare inoltre come, in termini generali, ogni processo di decentramento non possa non coinvolgere anche la sfera della tutela dei diritti, perlomeno nella dimensione che potremmo definire di *equal protection*; proiettando in questo senso una serie di conseguenze anche sul concetto di identità fatto proprio negli stati costituzionali contemporanei¹. La tensione fra unità e diversità, tipica di ogni *processo devolutivo*, non rimane circoscritta alla sfera istituzionale o alla forma di governo, ma viene così inevitabilmente ad interessare anche la disciplina dei diritti individuali o – potremmo dire – della forma di stato, articolandosi in tensione fra eguaglianza e distinzione. E come un certo grado di unità, ma anche un determinato livello di diversità sono richiesti per potersi muovere all'interno della categoria di Stato regionale o federale, allo stesso modo, sul versante dei diritti individuali, una certa misura (essenziale) di eguaglianza al pari di una determinata (non eccessiva) cifra di diversificazione sono necessarie al fine, da un lato, di non tradire lo spirito distintivo che anima le esigenze del decentramento e, dall'altro, di non trasformare ragionevoli distinzioni in illegittime disuguaglianze.

In termini pratici, quindi, il decentramento politico-amministrativo porta sempre con sé una fisiologica dose di disparità nel godimento di alcuni dei diritti individuali anche di carattere fondamentale, tanto che cittadini residenti in differenti aree godono di livelli di tutela anch'essi differenziati. Inoltre, se tale difformità costituisce una conseguenza strutturale dei processi devolutivi *tout court*, potrebbe risultare come l'assetto asimmetrico degli stessi, o la relativa intensità, possa semmai accentuare la differenziazione nel godimento dei diritti individuali, senza per questo costituirne causa esclusiva; e questo anche considerando come, in realtà, ogni processo di decentramento presenti qualche elemento di asimmetria sia in termini fattuali, in riferimento a differenze di carattere economico, sociale, etnico, e così via, sia in termini di diritto, riguardo alla distinzione della posizione costituzionale di alcune delle entità decentrate².

2. Le variabili nel rapporto fra devolution e tutela dei diritti

La constatazione delle differenze nel grado di tutela dei diritti anche negli Stati unitari meno devoluti conduce a considerare come il fenomeno in oggetto possa certamente anche prescindere da elementi legati a processi di decentramento. Ed anche all'interno delle stesse aree oggetto di devolution, condizioni di carattere economico, sociale, politico, geografico o culturale possono condurre, e spesso conducono, a livelli di tutela e godimento dei diritti fortemente differenziati.

Oltre a dover considerare la differenza fra il dato di fatto e quello di diritto, quanto appena detto non toglie, tuttavia, che nelle aree interessate da processi di decentramento le difformità nella tutela dei diritti assumano un rilievo particolare, potendo costituire sia la ragione (una delle ragioni) alla base del riconoscimento dello stesso processo devolutivo, sia una delle sue conseguenze. L'esistenza, ad esempio, di condizioni di particolare povertà o di minor capacità contributiva in una determinata area può costituire lo stimolo ad attribuire agli organi di governo di quel territorio

* Pur nella comune concezione ed elaborazione del lavoro, i par. 1, 2 e 5 sono da attribuire a Carlo Casonato, i par. 3 e 4 a Cinzia Piciocchi.

¹ Un inquadramento generale del problema, fra gli altri, in L.M. Diez Picaro, *Diritti sociali e federalismo*, in *Politica del diritto*, 1999, pp. 1999; R. Bifulco, *Federalismo e diritti*, in T. Groppi, M. Olivetti (editors), *La Repubblica delle autonomie*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 141; S. Gambino, *Stato, diritti sociali e devolution: verso un nuovo modello di welfare*, contributo inserito nel sito dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/revisione/gambino_20060202.html); Tosi R., *Cittadini, Stato e Regioni di fronte ai "livelli essenziali delle prestazioni"*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 2003, in <http://www.forumcostituzionale.it/contributi/titoloV6.htm#rt>; Pizzetti F., *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 599; L. Chieffi, *Introduzione* a L. Chieffi, M. Ricca, (a cura di), *Il governo della salute: regionalismi e diritti di cittadinanza*, Roma, 2005, 17 ss.; C.M.G. Himsworth, *Devolution and its Jurisdictional Asymmetries*, in *Modern Law Review*, 2007, pp 31 e 53 ss.

² Al riguardo, in questo stesso volume, cfr. il contributo di F. Palermo.

particolari competenze in ambito legislativo e amministrativo ovvero a fornire ai residenti di quella zona diritti differenziati o aggiuntivi rispetto a quelli in capo ai connazionali stanziati altrove³. Allo stesso modo, condizioni particolari di carattere linguistico, etnico o culturale potranno condurre a indebolire l'assolutezza del legame fra identità e parità di diritti, portando a diversificare la titolarità dei secondi pur rimanendo all'interno di una cornice complessivamente unitaria⁴.

Anche sulla base di queste considerazioni, allora, può dirsi come l'impatto dei processi devolutivi sulla tenuta dei diritti in termini di *equal protection* costituisca un fenomeno distinto e peculiare, e dipenda da una serie di variabili di differente derivazione, giuridica, politica, economica.

La prima variabile giuridica consiste nella natura (amministrativa, legislativa, giurisdizionale) e nell'intensità (carattere esclusivo o concorrente, ad esempio) del potere assegnato alla "periferia", in combinazione con le materie, o "non-materie", oggetto di devoluzione – anche in relazione con quelle riservate al centro. Un'altra variabile di carattere giuridico riguarda il secondo corno della questione: il tipo cioè di diritto coinvolto che può configurarsi come posizione inclusa o esclusa dalle materie devolute, come diritto di libertà o come diritto sociale, come diritto che costa o che non costa (o costa poco), come diritto coperto o meno da clausole di omogeneità⁵, come diritto che assume una particolare posizione in quanto legato a fonti di natura particolare (quali lo *Human Rights Act 1998*), e così via.

A livello politico, una variabile certamente rilevante consiste nella volontà degli organi destinatari delle competenze devolute di sfruttare appieno i poteri ed i margini di autonomia acquisiti, piuttosto che farlo solo in misura limitata o per nulla. E si pensi, al riguardo, alle potenzialità offerte dal terzo comma dell'art. 116 della Costituzione italiana o all'accesso alle forme di autogoverno previste nella Costituzione spagnola agli artt. 143 e ss⁶.

L'impatto del decentramento sulla dimensione dei diritti, infine, potrà variare, a livello economico-finanziario, a seconda della disponibilità di risorse o della capacità contributiva del territorio in questione, le quali costituiscono certamente una condizione necessaria all'esercizio di determinate competenze ed una variabile importante per quanto riguarda l'impatto del decentramento sulla tenuta o sul rafforzamento, ad esempio, dei diritti sociali⁷.

Sulla base di quanto fin qui detto in termini generali, il presente contributo si rivolge, in particolare, all'impatto che il processo britannico di devolution ha avuto su quello che, per brevità ed in prima approssimazione, potremmo definire diritto alla salute. Tale posizione, infatti, è parsa un punto di riferimento utile, in termini paradigmatici, al fine di testare quanto, concretamente, la devolution abbia contribuito ad un processo di differenziazione nella tutela dei diritti fondamentali dei cittadini britannici residenti nelle diverse aree territoriali; e quanto tale differenziazione risulti problematica in riferimento sia alle ragioni che agli obiettivi del processo devolutivo. Sia in Galles che in Scozia, così, determinate *flag policies* in campo sanitario – su cui *infra* – che avrebbero dovuto manifestare la volontà politica di distinguersi rispetto alla Britishness ed alla rispettiva

³ I livelli di salute considerati in una data area geografica, così, sono la risultante del concorso di diversi fattori, tra i quali vi sono i c.d. determinanti sui quali la *devolution* può avere un'incidenza. Ad esempio, settori quali i trasporti o gli alloggi hanno subito una differenziazione a seguito del trasferimento di poteri alle assemblee regionali, che potrebbe avere conseguenze anche sulla configurazione del diritto alla salute. Cfr., fra gli altri, W. ROSS, J. TOMANEY, *Devolution and Health Policy in England*, in *Regional Studies*, 2002, 36, p. 265, o con riferimento all'impatto della *devolution* sul tema degli alloggi, C. PARIS, P. GRAY, J. MUIR, *Devolving Housing Policy and Practice in Northern Ireland 1998–2002*, in *Housing Studies*, 2003, 18, 2, p. 159 ss.; K. KINTREA, *Having it All? Housing Reform Under Devolution*, in *Housing Studies*, 2006, 21, 2, p. 187 ss.

⁴ Sui «paradossi della cittadinanza differenziata» in ambito medico sanitario, C. Piciocchi, *La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 2006, 26 ss.

⁵ Si pensi, per l'Italia, la formula dei livelli essenziali delle prestazioni della lettera m del secondo comma dell'art. 117 o per la Spagna quella all'art. 139 secondo cui «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

⁶ Il primo comma dell'art. 143 della Costituzione spagnola recita «En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos».

⁷ Al riguardo, da ultimo, A. Zorzi Giustiniani, *La metamorfosi dello Stato unitario: "décentralisation" francese e "devolution" britannica a confronto*, in *Le Regioni*, 2006, 2-3, p. 269, 322; I. Ruggiu, *Aspetti recenti della devolution nel Regno Unito: uno Stato territoriale "a metà" tra occasionalismo riformista, asimmetria e pax partitica*, in *Le Regioni*, 2005, 6, p. 1157, 1167.

politica sanitaria hanno finito per creare “effetti collaterali”, in Scozia, di frammentazione della stessa identità che si voleva rafforzare e, in Galles, di aumento della difficoltà nella stessa individuazione delle caratteristiche grazie alle quali riconoscere la relativa identità. E questo in un panorama generale contraddistinto dalla tensione, da un lato, con un concetto pur peculiare di cittadinanza britannica e, dall’altro, con la permanenza di un unico *National Health Service* (NHS)⁸.

3. La devolution e le asimmetrie nella tutela della salute: la difficile definizione dei confini.

Il diritto alla salute nel Regno Unito presenta alcuni profili di particolare complessità che si evidenziano nell’analisi comparata, in special modo se il punto di partenza sia dato dalla prospettiva continentale. La ricerca di un diritto corrispondente a quello previsto e tutelato dall’art. 32 della Costituzione italiana, infatti, non si scontra solamente con l’assenza di una Costituzione scritta nell’ordinamento britannico ma anche, e soprattutto, con la difficoltà di individuare un’espressione equivalente, un “*right to health*” al quale fare riferimento. La ricostruzione sistematica del diritto alla salute nell’ordinamento britannico, pertanto, presuppone un’indagine in grado di giungere all’individuazione di un quadro unitario a partire dai diversi aspetti che lo compongono: il *right to health care*, il *right to physical integrity*, il *right to medical treatment* e così via⁹. Alle complessità dell’analisi comparata si aggiungono poi le specificità delle recenti riforme costituzionali dell’ordinamento giuridico britannico e in particolar modo della *devolution* che, inevitabilmente, dispiegano il proprio impatto anche sul sistema di *welfare*. In questa prospettiva, che considera l’intreccio tra *devolution* ed asimmetria dei diritti con particolare riferimento al diritto alla salute, si confrontano due concetti principali: la salute stessa ed i suoi confini. Tale confronto avviene sotto diversi punti di vista.

In primo luogo, i poteri legislativi attribuiti alle assemblee delle regioni devolute hanno come effetto una differenziazione nelle scelte di politica sanitaria. Le opzioni adottate dal governo scozzese con riferimento all’assistenza sanitaria degli anziani lungo-degenti hanno costituito un esempio di manifestazione d’identità, una *flag policy*, tesa alla costruzione di un sistema di *welfare* proprio e peculiare del territorio scozzese. Da questo punto di vista, la “*devolution* sanitaria” scozzese si è mossa unitariamente entro i confini geografici corrispondenti al territorio di riferimento, anche se poi – vedremo – tali scelte politiche hanno avuto come conseguenza una differenziazione anche rilevante nei livelli di tutela assicurati all’interno dello stesso territorio scozzese.

La politica adottata in Galles volta all’abolizione dei costi delle prescrizioni farmaceutiche entro la fine del 2007 fornisce un altro esempio di difficile ricostruzione dei confini, evidenziando uno dei principali problemi della diversificazione territoriale dei diritti: la difficoltà di precisare criteri di individuazione non solo territoriale dei destinatari delle politiche di favore. La differenziazione territoriale dei diritti mostra così diverse facce perché, se da un lato rappresenta una possibile manifestazione di identità delle diverse aree geografiche, d’altro lato essa diventa anche un “patrimonio” talvolta difficile da circoscrivere e quindi conservare. Se la dottrina britannica fa riferimento (spesso in maniera critica) alla residenza come criterio preminente nella cittadinanza sociale – intesa principalmente come l’attribuzione dei diritti di *welfare*¹⁰ – il caso dell’abolizione dei costi delle prescrizioni farmaceutiche in Galles attesta come proprio il criterio della residenza, a fronte della scarsità delle risorse, debba talvolta essere “rinforzato” per evitare che i non residenti possano fruirne attraverso fenomeni di “*health tourism*”.

3.1. I confini territoriali: La diversificazione scozzese nelle scelte di politica sanitaria e la *postcode lottery*

Se l’impatto della *devolution* sui diritti può essere definito in termini di differenziazione, va specificato come il diritto alla salute si confrontasse con un certo grado di diversificazione già prima del 1998.

⁸ Sul versante italiano, si pone una domanda simile R. Balduzzi, *Esiste ancora un Servizio sanitario nazionale?*, in L. Chieffi, M. Ricca, (a cura di), *Il governo della salute: regionalismi e diritti di cittadinanza*, cit., 23 ss.

⁹ Cfr. ad esempio l’approccio di C. NEWDICK, *Who Should We Treat?* (2nd ed.), Oxford, 2005, *passim*; I. KENNEDY, A. GRUBB, *Principles of Medical Law*, Oxford, 2004, *passim*.

¹⁰ Cfr. ad es. l’analisi di D. WINCOTT, *Social Policy and Social Citizenship: Britain’s Welfare States*, in *Publius – The Journal of Federalism*, 2006, 36, p. 169 ss.

In primo luogo, va considerato come nelle diverse regioni si riscontrassero (e tuttora si riscontrino) livelli di salute anche molto variabili, in un panorama eterogeneo e frastagliato nel quale i confini della differenziazione non corrispondevano sempre a quelli delle principali aree geografiche¹¹. In questo quadro, l'ordinamento giuridico scozzese doveva, e tuttora deve, confrontarsi con livelli di salute tra i più bassi d'Europa¹². Tale situazione è stata al centro del dibattito precedente le riforme del 1998, dibattito in cui le argomentazioni "pro-devolution" puntavano proprio sulla necessità di azioni differenziate in ambito sanitario a livello locale. Alcuni concetti ricorrenti nella dottrina britannica, specie in quella che si occupa degli intrecci tra *devolution* e salute, sembrano portare testimonianza di questo panorama eterogeneo: accade così che il concetto di *territorial justice* si affianchi a quello di *social justice* nelle analisi dei livelli di *welfare* garantiti nelle diverse aree geografiche e nella ricerca dei criteri volti a determinare la distribuzione delle risorse in esse¹³. E in tale prospettiva il percorso devolutivo dovrebbe contribuire, perlomeno negli obiettivi, a raggiungere un livello di redistribuzione delle risorse più equo.

In secondo luogo, va ricordato come le strutture del sistema sanitario britannico si articolassero in modo parzialmente differente in Scozia già prima dell'avvento della *devolution*¹⁴. Ad esempio, l'istituzione del *National Health Service* avviene sin dalle origini con una legge separata per la Scozia, il *National Health Service (Scotland) Act* del 1947 che, pur ricalcando i contenuti sostanziali del *National Health Service Act* del 1946 (la legge che poneva la disciplina giuridica per Inghilterra e Galles), prevedeva anche alcuni elementi differenti come, ad esempio, una direzione specifica affidata al *Secretary of State for Scotland*. Si comprende quindi perché il panorama sanitario scozzese *post-devolution* non sia definito in termini di cambiamento radicale ma come «an even more distinctively policy»¹⁵.

L'impatto principale della *devolution* consiste nell'adozione di politiche sanitarie che, talvolta, divergono totalmente dalle scelte compiute a Westminster. Fra queste, assurta a "flag-policy" in quanto rappresentativa della volontà di rispecchiare una identità differente che caratterizzi il sistema di *welfare* scozzese, quella rivolta alle cure sanitarie per i lungo-degenti¹⁶; scelta a tal punto distintiva da seguire un percorso opposto rispetto a quello del governo inglese, dando luogo a quello che è stato definito come uno dei maggiori scontri tra i due esecutivi¹⁷.

Il caso delle cure per i lungo degenti, con particolare riferimento ai soggetti anziani, è rappresentativo di una problematica che pone i diversi sistemi sanitari di fronte ad un dato statistico ineludibile: l'invecchiamento della popolazione¹⁸. Al dato statistico, poi, si aggiungono i

¹¹ Profonde disuguaglianze connotano i livelli di salute nel Regno Unito anche ad un livello infraregionale. Alcune aree del nord dell'Inghilterra, ad esempio, si caratterizzano per livelli di salute assai bassi e le indagini che evidenziano questo dato includono tra le cause, anche l'incidenza di determinanti sui quali la *devolution* può influire profondamente. Cfr. ad es. W. ROSS, J. TOMANEY, *Devolution and Health Policy in England*, in *Regional Studies*, 35, 2001, p. 265.

¹² Cfr. G. MOONEY, L. POOLE, 'A land of milk and honey'? *Social Policy in Scotland after Devolution*, in *Critical Social Policy*, 24(4), 2004, p. 468. Il rapporto presentato alla *Health Committee* del Parlamento scozzese, intitolato *Tackling Health Inequalities – An Nhs Response* afferma: «Scotland's health, when compared to other Western European countries is relatively poor. As judged by life expectancy at birth, only Portugal has a lower life expectancy for males and there are no Western European countries whose females have a lower life expectancy».

¹³ La definizione stessa di giustizia sociale non è esente da dibattito, cfr. J. JOHNSON, *Taking Care of Later Life: A Matter of Justice?*, in *British Journal of Social Work*, 2000, 32, p. 739: «Although politicians and some academics frequently use the term social justice as if there were some common agreement about what it means, this is far from the case. Sul concetto di *territorial justice* cfr. anche A. KAY, *Territorial Justice and Devolution*, in *British Journal of Politics and International Relations*, 7, 2005, p. 544 ss.

¹⁴ Cfr. in generale, J. STEWART, *The National Health Service in Scotland, 1947–74: Scottish or British?*, in *Historical Research*, 2003, 76, p. 193 ss.

¹⁵ Cfr. G. MOONEY, L. POOLE, *op. cit. supra, passim*.

¹⁶ Cfr. G. MOONEY, L. POOLE, *op. cit. supra*, p. 470.

¹⁷ G. MARNOCH, *Scottish Devolution: Identity and Impact and the Case of Community Care for the Elderly*, in *Public Administration*, 2003, 81, 2, p. 256 : «It is possible to interpret the events of January 2001 – precipitating the first major public conflict between the Labour Government in Westminster and the Scottish Executive in Edinburgh, over the funding of personal care for the elderly – using precisely those familiar constitutional terms of reference».

¹⁸ Cfr. J. JOHNSON, *Taking Care of Later Life: A Matter of Justice?*, in *British Journal of Social Work* 32, 2002, p. 740 secondo cui «Older people are the largest group of users of both health services and social services. In 2000–01, gross expenditure by councils in England on personal social services for older people was approximately £6 billion, representing 46 per cent of the total expenditure on social services (Department of Health, 2002a). In addition, pensions are the largest item of social security spending. A major concern of social policy (although rarely explicitly stated) is to contain spending from the public purse on services for older people».

progressi scientifici che, se da un lato aprono nuove prospettive di allungamento della vita, d'altro lato danno luogo a dilemmi di natura etica, specie con riferimento alla fine dell'esistenza. Si tratta di un dibattito morale, al quale non risultano estranee le considerazioni sulla scarsità delle risorse e sulla loro allocazione. I due primi elementi – l'invecchiamento della popolazione ed i progressi scientifici –, infatti, s'intersecano sovente dando luogo ad un contesto nel quale le considerazioni di carattere economico si affiancano ai principi di natura scientifica ed etica nell'indirizzare le decisioni sulle scelte terapeutiche da seguire.

Dal punto di vista che qui più interessa, quello della differenziazione del diritto alla salute in relazione alle dinamiche della *devolution*, le scelte di politica sanitaria compiute in Scozia sono estremamente significative in termini distintivi essendo state al centro di un acceso scontro tra esecutivo scozzese ed inglese a seguito della diversa considerazione in cui tenere il rapporto Sutherland. La commissione Sutherland era stata istituita dal governo laburista allo scopo di approfondire le problematiche relative all'assistenza sanitaria dei lungodegenti (*long-term care*), focalizzando in particolare le possibili opzioni di finanziamento dell'assistenza ai pazienti anziani sia nella propria abitazione, sia in altri contesti residenziali. L'allocazione dei costi tra le istituzioni e gli individui assume a fondamento la distinzione tra le tre principali voci di spesa: *living costs*, *housing costs* e *personal care*. Le conclusioni del rapporto Sutherland suggeriscono di svincolare da criteri di reddito il *personal care* garantendolo su base gratuita sia a domicilio, sia in contesti residenziali istituzionalizzati¹⁹.

Inizialmente, gli esecutivi scozzese ed inglese non condividono tali conclusioni, aderendo piuttosto a quelle espresse nell'opinione di minoranza del rapporto Sutherland nelle quali si pone l'accento, da un lato, sulla domanda crescente di servizi e, d'altro lato, sulla scarsità delle risorse. Partendo da tali considerazioni si propone un diverso bilanciamento degli interessi in gioco che garantisca uno standard minimo, ripartendo i costi restanti tra il finanziamento pubblico e gli individui stessi²⁰, ipotizzando che il *personal care*, a differenza dell'assistenza più propriamente sanitaria, potesse anche non essere gratuito²¹. Il dibattito che si apre in Scozia sfocia nell'istituzione, nel gennaio del 2001, del *Care Development Group* volto ad analizzare la possibilità di introdurre l'assistenza personale gratuita a favore degli anziani, in accordo con le conclusioni raggiunte dal rapporto Sutherland. I lavori di questo gruppo di lavoro costituiranno il fondamento del progetto di legge *Community Care and Health (Scotland) Bill* (24 settembre 2001), che il 12 marzo 2002 risulterà nel testo di legge del *Community Care and Health (Scotland) Act*²². Questa legge è in linea con il rapporto Sutherland poiché ne fa proprie le conclusioni, in contrasto con quanto affermato sia dall'esecutivo scozzese in un primo tempo, che da quello inglese. La politica sanitaria scozzese in questa materia assume quindi visibilità particolare differenziandosi rispetto a quella di Inghilterra e Galles e fornendo «a clear example of devolution in practice»²³.

Nonostante gli effetti positivi misurati sia in termini di rispetto della dignità e della sicurezza dei pazienti, sia dal punto di vista delle diminuzioni di alcuni costi, come quelli legati alla minor richiesta di posti letto nelle strutture sanitarie, il rapporto del 2006 dell'*Health Committee* del Parlamento scozzese evidenzia una diversificazione all'interno delle diverse aree geografiche dello stesso territorio scozzese, nelle quali i diritti all'assistenza personale gratuita assumono fisionomia ed intensità differenti seguendo i confini delle risorse concretamente disponibili. La scarsità delle risorse, ad esempio, ha indotto alcune autorità locali ad adottare strategie di contenimento dei costi, quali la creazione di liste d'attesa²⁴.

¹⁹ Cfr. *With Respect to Old Age: Long Term Care - Rights and Responsibilities*, rapporto della *Royal Commission on Long Term Care* presieduta da Sir Stewart Sutherland e presentata al Parlamento nel marzo 1999, si può leggere anche nel sito <http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm41/4192/4192-00.htm>.

²⁰ Cfr. la *Note of Dissent* del Rapporto cit. a nota precedente.

²¹ Le conclusioni di minoranza del rapporto Sutherland focalizzano, da un lato, la necessità di tenere in considerazione i costi futuri e, d'altro lato, l'opportunità di distinguere tra assistenza sanitaria e «social care». Da questa distinzione ne conseguirebbe quella ulteriore tra assistenza sanitaria e assistenza personale (*personal care*): se la prima è gratuita, si dice, non ne deriva automaticamente che debba esserlo anche la seconda. *Ivi*, *passim*.

²² Cfr. lo studio sul progetto di legge *Community Care and Health (Scotland) Act 2002* del Parlamento scozzese: «On 1st July 2002 free nursing and personal care for the elderly was introduced in Scotland».

²³ Cfr. L. BAULD, *Scotland Makes It Happen*, in *Community Care*, 18-24 ottobre, 2001, p. 36 cit. in J. STEWART, *Taking Stock*, 2004, Southampton, p. 128.

²⁴ Cfr. il Rapporto cit. *supra*: «The Committee was concerned to discover from the evidence that a number of local authorities are currently operating 'waiting lists' for free personal care. (...) The Committee was very concerned to learn that almost half of all local authorities in Scotland are currently operating waiting lists for free personal care. The

In termini generali, la presenza dei singoli *Trusts*, competenti per territorio in relazione all'allocazione delle risorse, in combinazione con il potere affidato alle *local authorities*, conduce a rilevare una anche non lieve differenziazione nel godimento di livelli di salute all'interno dello stesso territorio scozzese. Si tratta di quella che è talvolta definita come "postcode lottery"²⁵, le cui variabili mutano in relazione alle caratteristiche dell'area geografica in cui ad ognuno "tocca in sorte" di risiedere²⁶. Facile rilevare, al riguardo, come quella che nei propositi doveva costituire una *flag policy*, distintiva del territorio (di tutto il territorio) scozzese, sia stata l'occasione per una "differenziazione nella differenziazione" interna allo stesso territorio scozzese, nel quale i diritti si snodano su confini virtuali che rispecchiano aree economiche prima che territoriali.

3.2. L'individuazione dei destinatari: il caso gallese delle prescrizioni farmaceutiche tra differenziazione e *health tourism*

La differenziazione delle politiche in materia sanitaria emerge anche nel Galles, rappresentando nuovamente un aspetto dell'impatto della *devolution* sul diritto alla salute. Anche in questo contesto emergono scelte politiche che sono altrettante manifestazioni della volontà di differenziazione, di un sistema di *welfare* parzialmente diverso (*in primis*) rispetto a quello inglese. Una delle principali "*flag policies*" gallesi in materia di salute ha riguardato i costi delle prescrizioni farmaceutiche.

Innanzitutto, così come accaduto nel caso dell'assistenza ai lungodegenti in Scozia, si assiste alla volontà di costruire un percorso autonomo, nel quale la manifestazione di un'identità parzialmente diversa acquista un ruolo fondamentale. Inoltre, le scelte politiche effettuate in quest'ambito hanno evidenziato alcune "dinamiche indirette" e nondimeno assai significative che contribuiscono a delineare ulteriormente l'asimmetria dei diritti in ambito sanitario, quale conseguenza della *devolution* britannica. In particolare, emerge con tutta evidenza come l'individuazione dei soggetti titolari dei diritti territorialmente differenziati sia un punto di cruciale importanza ma, talvolta, di difficile soluzione.

Per comprendere questi elementi è necessaria una breve ricostruzione del percorso che mira ad abolire i costi delle prescrizioni farmaceutiche in Galles. Esso aveva costituito uno dei punti cruciali della campagna elettorale del partito laburista che quindi, dopo la vittoria, ha approvato un piano di progressiva riduzione dei costi delle prescrizioni stesse, con l'intento di giungere alla loro completa eliminazione nel 2007. Il *Minister for Health and Social Services* del Galles ha annunciato formalmente questa scelta di politica sanitaria il 21 agosto 2003, esplicitandone i fondamenti

Committee does not believe that this is the way that the legislation was meant to operate and is concerned that this development has occurred. We believe that action needs to be taken by the Executive to rectify the situation and allow the legislation to operate as intended».

²⁵ Cfr. la definizione data da H. BUNGAY, *Cancer and Health Policy: The Postcode Lottery of Care*, in *Social Policy and Administration*, 2005, 39, p. 37: «The random countrywide variations in the provision and quality of public services have been referred to as "the postcode lottery of care", i.e. where you live dictates where you are treated, which in turn dictates how you are treated, and this in turn affects whether you survive (...). In practice, all services were affected by the postcode lottery, e.g. the availability of IVF, multiple sclerosis drugs, and waiting times for NHS treatment. The current government argued that the postcode lottery was due to a lack of national standards, and that since the inception of the NHS services have grown haphazardly with decisions being taken on which treatments and drugs would be made available locally by health authorities and medical consultants according to their own priorities. This was further exacerbated by GP fundholding in the 1990s, with patients of fundholders having faster access to hospital services than patients of non-fundholders.» Cfr. inoltre le considerazioni svolte nel secondo rapporto del gruppo di lavoro della British Cardiovascular Society (2005), *National Variations in the Provision of Cardiac Services in the United Kingdom*: «The phenomenon of postcode prescribing, also known as the *postcode lottery*, has been well publicised and reflects the many variables, particularly the availability and expertise of staff, that influence small health care units. The regional variations in activity described in this report relate to much larger service blocks and could be construed as a *national lottery*. They are certainly more likely to reflect differences in health care policy and planning. The whole purpose of devolution is to allow elected representatives to plan and implement services in accordance with local needs. Whilst, it seems inevitable that local planning will identify different priorities, and therefore create variations in service delivery, the core objectives of NHS in the four nations have not changed and the public rightly continues to expect common standards of care across the UK. There is therefore an obvious conflict between the desire to devolve decision-making and at the same time eliminate postcode prescribing.» Per una versione italiana del fenomeno, cfr., fra gli altri, M. Gorlani, *Accesso al welfare state e libertà di circolazione: quanto "pesa" la residenza regionale?*, in *Le Regioni*, 2006, 2-3, p. 345 ss.

²⁶ Le principali variabili sono costituite dalle capacità dei *trusts* e delle *local authorities*, oltre che dalla natura (rurale o urbana) della zona e dalla presenza del *voluntary sector*: cfr. N. Burrows, *Devolution and Inequality in the Access to Medical Treatment: The "postcode lottery"*, relazione presentata a Trento, il 23 novembre 2006, in corso di stampa.

normativi individuati, in primo luogo, nell'*National Health Service Act* del 1977 che, nel testo attuale, attribuisce all'Assemblea nazionale gallese la competenza legislativa in tema di costi per le prescrizioni farmaceutiche e che prevede l'obbligo dell'Assemblea nazionale di promuovere un servizio sanitario gratuito, attribuendo l'eventuale previsione di costi a norme specifiche. La scelta di abolire i costi delle prescrizioni farmaceutiche rappresenta, nelle intenzioni dei suoi promotori, un'azione volta a garantire una più ampia tutela del diritto alla salute.

L'obiettivo che tale azione si propone è infatti spiegato chiaramente nel *Decision report* del *Minister for Health and Social Services* gallese del 21 agosto 2003, che parte da dati di carattere economico: i costi sulle prescrizioni farmaceutiche garantiscono entrate pari a £32.2 milioni di sterline all'anno; giungere alla loro abolizione, pertanto, significa rinunciare a quest'introito annuale²⁷. Tuttavia, si considera contestualmente come questi costi incidano spesso in modo negativo sulle scelte terapeutiche dei pazienti e, di conseguenza, sul loro diritto alla salute. Si assume, in particolare, che gli oneri finanziari correlati alle prescrizioni farmaceutiche inducano i pazienti a non richiedere le prescrizioni del NHS, con ricadute a lungo termine anche sul sistema sanitario nel suo complesso²⁸. La gratuità delle prescrizioni, quindi, è considerata come un'efficace azione volta ad evitare le disuguaglianze e contraddizioni esistenti, migliorando il livello di garanzia del diritto alla salute dei residenti gallesi e contribuendo a razionalizzare la spesa sanitaria. Con queste motivazioni si è dato seguito ad uno studio volto ad individuare il percorso da seguire per raggiungere tale obiettivo e, tra le soluzioni proposte, il Ministro della salute del Galles ha adottato un piano di riduzione dei costi graduale, che – come detto – giunge alla totale gratuità delle prescrizioni nel 2007. A questo punto, si è considerato il problema di individuare i criteri per definire la categoria delle persone che avessero diritto alla riduzione.

Con le *National Health Service (Charges for Drugs and Appliances) (Wales) (Amendment) Regulations* del 2005, prima delle quattro tappe previste in questo percorso, le riduzioni in oggetto si applicano solo ai residenti gallesi che siano pazienti di medici dipendenti da una *Welsh Local Health Board*. Le *regulations* del 2005, quindi, affidano l'individuazione dei soggetti destinatari dei diritti conseguenti a tali scelte di politica sanitaria al criterio della "residenza sanitaria", ovvero ai soggetti che siano in cura da un medico accreditato presso le strutture sanitarie gallesi. Lo scopo di questo criterio è espressamente dichiarato: prevenire forme di turismo sanitario²⁹.

La diversificazione delle scelte di politica sanitaria in quest'ambito, pertanto, si sostanzia in una parziale differenziazione dei diritti, ma in un panorama che si caratterizza per la complessità, in particolare, per ciò che riguarda la difficoltà di individuare i criteri che consentano di circoscrivere i confini dei "diritti territorialmente differenziati", attraverso l'individuazione dei soggetti titolari. Un'individuazione che è indispensabile al fine della razionale allocazione delle risorse e che affida ai confini non solo la definizione ma anche, e soprattutto, il contenimento dei soggetti beneficiari di

²⁷ Questa cifra include i *pre-payment certificates* (prescrizioni prepagate, che sono acquistati nel caso dell'acquisto di molti farmaci durante un lungo periodo), dedotte le esenzioni che spettano a circa il 50% dei pazienti. Cfr. i dati riportati nel *Decision report* del *Minister for Health and Social Services* gallese del 21 agosto 2003 aventi ad oggetto l'abolizione dei costi delle prescrizioni («Abolition of Prescription Charges»).

²⁸ «There is no apparent relationship between demand and the level of charge, but the existence of a charge (at whatever level) appears to reduce demand by at least 30%, overall. This is based on recent experience in Italy and when a similar policy was adopted in Britain in 1965», *ivi*. Cfr. inoltre le dichiarazioni del *Minister for Health and Social Services* Dr. Brian Gibbons: «We want to see free prescriptions introduced because evidence suggests that the charges do deter people from asking for NHS prescriptions and from having their prescription dispensed, either in part or in its entirety. If patients cannot afford the medicines they need to treat their condition, the long-term costs to the NHS could be far greater in terms of avoidable hospital treatment. Free prescriptions for all is the simplest and most effective way of resolving inequalities and inconsistencies in prescribing which have existed since the rules were established in 1968. Cfr. *Action on Health Tourism* che si può leggere nel sito dell'*Health of Wales Information Service* www.wales.nhs.uk, oltre al progetto di legge scozzese *Abolition of NHS Prescription Charges (Scotland) Bill (SP Bill 35)* presentato al Parlamento scozzese il 19 gennaio 2005.

²⁹ Cfr. il documento *Action on health tourism* cit. *supra* a nota 25. Quest'obiettivo è stato ribadito dal *Minister for Health and Social Services* del Galles, Brian Gibbons, che in un comunicato del 25 maggio 2006, ha sottolineato come questo criterio sia volto a prevenire che i «non-Welsh patients» potessero beneficiare di «our distinctly Welsh policy». Nello stesso comunicato, tuttavia, il ministro Gibbons ha evidenziato come il criterio che fa riferimento alla scelta del medico curante comporti l'esclusione dai benefici delle riduzioni dei costi delle prescrizioni farmaceutiche per circa 14.000 persone che, pur essendo residenti in Galles (spesso in prossimità dei confini con l'Inghilterra), sono pazienti di medici inglesi. Per essi, infatti, continuano ad essere applicati i maggiori costi previsti delle *NHS (Charges for Drugs and Appliances) Regulations 2000*. Cfr. *Changes to the Cross Border arrangements for Prescription Charges*, *Cabinet written statement* del 25 maggio 2006, rilasciato dal *Minister for Health and Social Services* del Galles, Brian Gibbons.

diritti di *welfare*; contenimento necessario al fine di limitarne i costi e garantirne la concreta attuabilità.

Emerge così un aspetto essenziale del “*welfare state* a geometria variabile”: la necessità di stabilire i confini, attraverso la difficile ricerca di criteri che consentano di individuare e circoscrivere i destinatari dei “tratti regionali” del diritto alla salute. Il caso specifico dei costi delle prescrizioni farmaceutiche in Galles evidenzia come la residenza possa non essere efficace, o quantomeno sufficiente, a questo fine.

La riposta dell'esecutivo gallese allo specifico problema dei residenti in cura presso medici inglesi, come tali esclusi dall'ambito di applicazione delle *regulations* del 2005, fa riferimento ad una sorta di “residenza rinforzata”. Il *Minister for Health and Social Services*, infatti, ha introdotto tessere specifiche con le quali anche questi soggetti potranno comunque accedere alle riduzioni dei costi sulle prescrizioni in quanto residenti gallesi (*Entitlement cards*)³⁰.

Un altro criterio si somma a quelli già previsti nell'individuazione dei destinatari di questa politica gallese: quello linguistico. Nel marzo 2004, infatti, sono state introdotte le prescrizioni farmaceutiche bilingui, in gallese ed inglese, le quali, oltre ad una valenza “rappresentativa” della diversità linguistica di questa regione geografica, assumono ora la veste di criterio ulteriore per circoscrivere i soggetti destinatari di questa politica. Gli oneri economici ridotti delle prescrizioni farmaceutiche gallesi si applicano infatti solo alle prescrizioni scritte nei moduli bilingui, forniti da soggetti abilitati alla prescrizione dei farmaci e presso farmacie gallesi: anche quest'ulteriore criterio è stato introdotto con lo scopo esplicitato di evitare fenomeni di *health tourism* da altre regioni del Regno Unito verso il Galles³¹.

4. Le esigenze di uniformità tra *equal protection* e scarsità di risorse

Anche nel contesto giuridico italiano appare sovente il richiamo al termine *devolution*, in particolare con riferimento alla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001. In quest'ordinamento l'impatto della *devolution* sul diritto alla salute è stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina che si è concentrata anche sui livelli essenziali di assistenza (LEA) i quali, ai sensi della lettera m) del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione, debbono essere garantiti su tutto il territorio e solo al di là dei quali è possibile una differenziazione nelle diverse Regioni³². Oltre all'importanza di questa tematica nell'ambito dell'argomento della ripartizione di poteri tra Stato e Regioni, si può individuare un ulteriore motivo d'interesse per i LEA, che attiene alla dimensione costituzionale del diritto alla salute. La Corte costituzionale italiana in diverse sentenze ha evidenziato la natura composita di tale diritto che, accanto ad un nucleo essenziale ed intangibile, presenta aspetti che possono essere soggetti a bilanciamento con «la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione»³³. In questa prospettiva, i LEA concorrono a delineare quel nucleo intangibile del diritto

³⁰ «Entitlement cards, similar in appearance to credit cards, would be issued to all the affected patients, i.e. those living in Wales, but registered with English GPs and between the ages of 16 and 60. This would be presented at the pharmacy with the FP10 to prove that the patient could be subject to the Welsh charge (or none at all after April 2007) instead of the English one. The card would only be accepted by pharmacies contracted to a Welsh LHB meaning that the Welsh residents would need to have their prescription dispensed at a Welsh pharmacy to benefit from the reduced charge.», *ivi*.

³¹ Cfr. il documento *Action on Health Tourism* cit. *supra*: «From 1 August only patients using the new bilingual Welsh prescriptions, issued by Welsh practices will be able to benefit from reduced prescription charges in Wales, Health Minister Dr Brian Gibbons announced».

³² In riferimento all'esperienza italiana, fra i non numerosi contributi in lingua inglese, cfr. C. Casonato, *Devolution and Basic Rights Between Equality and Diversity: The Italian Case*, in corso di stampa su *Regional and Federal Studies*, attualmente nel sito BioDiritto all'indirizzo <http://www.jus.unitn.it/dsg/ricerche/biodiritto/home.html#links>.

³³ Cfr., fra le altre, la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 455 del 1990 secondo cui « il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento (...). Questo principio, che è comune a ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per

alla salute che ne delinea i tratti essenziali, poiché la sua maggiore o minore estensione ne sostanzia di significato la tutela costituzionale in relazione sia agli individui, sia alla collettività. Di là da questa dimensione intangibile, il diritto alla salute si confronta con la scarsità delle risorse con le quali può essere soggetto a bilanciamento.

Nell'ordinamento britannico la *devolution* solleva – o, quantomeno, amplifica – un dibattito non dissimile nel quale, pur attraverso categorie concettuali diverse, s'intrecciano esigenze analoghe di uniformità e concetti simili quali il nucleo essenziale del diritto alla salute, il bilanciamento con le risorse e gli standard delle prestazioni sanitarie concretamente garantiti a livello nazionale.

Due casi possono essere proposti ad esempio di queste problematiche: i criteri d'individuazione degli standard di *negligence* della professione medica ed il caso specifico dell'allocazione dei costi di una terapia *off-label* che utilizza un farmaco specifico, l'Herceptin.

4.1 Gli standard minimi di tutela e la *negligence*: l'incidenza dello *standard of care* sul diritto al trattamento

La garanzia costituzionale del diritto alla salute nei diversi ordinamenti emerge, *in primis*, dall'individuazione del livello minimo di tutela ad esso fornito dall'ordinamento giuridico. Gli elementi che concorrono a determinare tale livello possono essere analizzati da diverse angolazioni, poiché diverse sono le dinamiche che li sostanziano di significato. Nel Regno Unito uno di tali elementi può essere individuato nelle pronunce giudiziali che si occupano dei criteri in base ai quali è giudicata la *negligence* delle prestazioni sanitarie.

L'indagine sui criteri utilizzati per valutare gli standard delle prestazioni richieste alle strutture ed ai professionisti sanitari si rivela di cruciale importanza ai fini della definizione del diritto alla salute se si considera quella che, con riferimento alle differenziazioni dei livelli di salute nelle diverse aree geografiche, abbiamo definito come la *devolution de facto*. Il divario dei livelli di salute da un'area geografica all'altra del Regno Unito, infatti, si correla ad una serie di fattori, tra i quali spicca la diversa disponibilità delle risorse. L'inclusione di questo elemento tra i fattori rilevanti a determinare lo standard delle prestazioni sanitarie può contribuire a delineare la fisionomia di un diritto alla salute a dimensione variabile, a seconda del contesto geografico nel quale è considerato³⁴.

La dottrina britannica evidenzia due possibili orientamenti giudiziali di fronte alla richiesta di attribuzione di rilevanza alla scarsità di risorse nell'ambito della *negligence*. Il primo (maggioritario) impone un determinato livello di prestazioni sanitarie indipendentemente dalla possibilità di raggiungerlo e garantirlo in base alle risorse disponibili. Il secondo (minoritario), invece, attribuisce rilevanza all'eventuale scarsità delle risorse nel determinare lo standard delle prestazioni sanitarie.

Secondo l'orientamento maggioritario, sostenuto da due *leading cases*, le corti adottano standard di *negligence* uniformi, imponendo un livello minimo nell'ambito della tutela giudiziaria della salute.

Il primo caso, *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, riguarda l'errore di un medico tirocinante, che causa la cecità di un neonato prematuro³⁵. La Corte ritiene responsabile per *negligence* la *health authority* per non aver garantito la presenza di un medico con sufficienti competenza ed esperienza: «(...) a health authority which so conducts its hospital that it fails to provide doctors of sufficient skill and experience to give the treatment offered at the hospital may be directly liable in negligence to the patient (...). I can see no reason why, in principle, the health authority should not be so liable if its organisation is at fault.». Nelle considerazioni svolte nella sentenza, si legge inoltre come lo standard di diligenza richiesto ad un medico con poca esperienza vada comunque valutato con riferimento alle legittime aspettative dei pazienti³⁶.

Questi principi sono poi stati ripresi ed approfonditi nel secondo caso, *Bull v. Devon Area Health Authority*, in cui il ritardo con cui un'unità di ostetricia fornisce una consulenza è causa di danni

la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa (...).

³⁴ In termini generali, cfr., fra gli altri, K. CAPEN, *Resource allocation and physician liability*, in *Can. Med. Assoc. Jour.*, 1997, 156, 3, p. 393 ss.

³⁵ *Wilsher v Essex Area Health Authority* [1987] 1 QB 730.

³⁶ Alcuni autori hanno letto in queste statuizioni un primo riconoscimento del carattere limitato e condizionato dei trattamenti medici, i quali potrebbero essere non offerti quando non sussistano le risorse per poterli finanziare: C. WITTING, *National Health Service Rationing: Implications for the Standard of Care in Negligence*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, 21, 3, in particolare p. 462.

cerebrali in un neonato³⁷. La difesa si fonda sull'impossibilità di prevedere con continuità la presenza di specialisti, poiché l'ospedale è dislocato in diversi luoghi. La Corte non accoglie questa linea difensiva, rifiutando di individuare nell'indisponibilità delle risorse uno dei criteri determinanti lo *standard of care*.

Se, da un lato, la giurisprudenza maggioritaria sembra richiedere un livello minimo delle prestazioni indipendentemente dalle risorse concretamente disponibili, d'altro lato nella letteratura britannica emerge – ed è talvolta auspicato – il concetto di *variable standard of care*, mutevole in relazione al contesto nel quale le prestazioni sanitarie sono considerate³⁸. Un esempio di accoglimento di questo secondo orientamento emerge (parzialmente) in un caso, *Knight v. Home Office*, nel quale si considera la responsabilità della struttura ospedaliera di un istituto di detenzione, con riguardo al suicidio di un detenuto con problemi psichiatrici progressivi³⁹. Il dibattito sullo standard delle prestazioni sanitarie concretamente garantite al detenuto sono al centro della controversia giudiziaria che ne segue, nella quale si considera il livello dell'assistenza fornita al paziente. La sentenza considera come lo standard garantito in un reparto ospedaliero penitenziario possa non essere equivalente a quello che sarebbe fornito in un ospedale psichiatrico. La scarsità dei mezzi finanziari è una possibile causa di tale diversità e, tuttavia, l'allocazione delle risorse è materia che appartiene al Parlamento. Questa decisione rappresenta uno dei pochi casi nei quali lo *standard di negligence* di una prestazione sanitaria è "contestualizzato", includendo nei criteri di valutazione anche la scarsità delle risorse⁴⁰. In relazione a *Knight* è emersa la definizione di *variabile standard of care* sebbene – come detto – vada tenuto presente come si tratti di giurisprudenza minoritaria.

Tuttavia, l'argomento della configurazione di uno *standard of care* a geometria variabile secondo il contesto nel quale è considerato merita attenzione, poiché può intersecarsi con l'argomento della differenziazione regionale del diritto alla salute. Esso, infatti, rappresenta una potenziale realizzazione dell'asimmetria dell'aspetto che maggiormente sostanzia di contenuto ogni diritto: la garanzia giuridica.

4.2 Il caso dell'Herceptin: tra *right to health* e *postcode lottery*.

Con il termine "*postcode lottery*" – abbiamo visto – si pone l'accento sulla rilevanza del criterio della residenza nella configurazione dell'asimmetria di alcuni diritti che, in certi casi, giungono a dipendere sostanzialmente dal luogo di residenza. Si tratta, ad esempio, delle conseguenze della politica scozzese in materia di assistenza agli anziani lungodegenti o di alcune vaccinazioni infantili che dal 2004 sono state considerate alla stregua di un "*additional service*"⁴¹.

Un'altra vicenda recentemente occorsa in Inghilterra ha dato luogo ad accesi dibattiti, nei quali la definizione di *postcode lottery* è emersa più volte con riferimento all'utilizzo di un farmaco, l'Herceptin, impiegato nella cura di alcuni tipi di neoplasie⁴².

³⁷ Cfr. *Bull v. Devon Area Health Authority*, in *Medical Law Review*, 1993, 4, p. 117. Per un caso più recente cfr. *Nicholson v. States of Jersey Health and Social Services Committee* [2004] J.C.A. 203, commentato da T. HANSON, *Delivery By Caesarean Section: The Difference Between A National Standard And Negligence*, in *Medical Law Review*, 2005, 13, p. 268 ss.

³⁸ Cfr. C. NEWDICK, *op. cit.*, in particolare p. 106 ss.

³⁹ *Knight v. Home Office* [1990] 3 All ER 237.

⁴⁰ Cfr. C. NEWDICK, *op. cit.*, in particolare p. 108 ss.

⁴¹ Ciò significa che i medici di base possono scegliere se eliminare le vaccinazioni dai servizi offerti ed alcuni studi hanno evidenziato come questo avvenga statisticamente con maggior frequenza nelle aree più povere. Cfr. ad esempio le considerazioni svolte da Graeme Wilson nell'articolo apparso sul *Telegraph* del 16 giugno 2006 intitolato *Epidemic fears as children miss out on jabs* o l'articolo *Children in poorer areas 'missing life-saving vaccinations'* apparso sul *Daily Mail* del 15 giugno 2006. Nel 2000, inoltre, il rapporto del *Department of Health* intitolato «The NHS Cancer Plan» fa esplicito riferimento alla questione del *postcode lottery* nell'ambito delle cure per le neoplasie, manifestando la volontà di porvi termine: *Department of Health, The NHS Cancer Plan*, settembre 2000, p. 20 all'indirizzo Internet [image.guardian.co.uk / sys-files / Society / documents / 2003 / 08 / 26 / cancerplan.pdf](http://image.guardian.co.uk/sys-files/Society/documents/2003/08/26/cancerplan.pdf).

⁴² Sovente le problematiche che circondano le patologie neoplastiche assumono un valore emblematico: da esse hanno avuto origine le rivendicazioni (in primis dei pazienti) relative alla "libertà di cura" che, in molti casi – quali ad esempio la cura Di Bella in Italia, o il "Laetrile" negli Stati Uniti – hanno riguardato l'impiego di terapie "alternative" nella cura dei diversi tipi di cancro. Quest'aspetto fortemente simbolico delle problematiche giuridiche relative a tali patologie può essere ricondotto a diversi fattori, quali la loro diffusione e l'impatto emotivo che diagnosi di tal genere possono suscitare negli individui: H. BUNGAY, *op. cit.*, p. 35. Non è quindi difficile comprendere con quale attenzione siano seguite le differenziazioni territoriali in tema di cure per le patologie neoplastiche ed i toni accesi, talvolta drammatici, che possono assumere i relativi dibattiti

La vicenda del farmaco herceptin è stata emblematica di questi aspetti, in particolare della differenziazione territoriale del diritto alla salute nell'aspetto fondamentale dell'accesso ai trattamenti terapeutici. L'herceptin era impiegato nella cura di alcune patologie neoplastiche già in passato, ma nel 2005 è sorta la questione di un suo nuovo possibile utilizzo, in alcuni casi di tumore al seno («early stage breast cancer»). Tale utilizzo fa seguito ad alcune scoperte sull'efficacia del farmaco (non priva di possibili effetti collaterali) nelle pazienti risultate positive ad un test volto ad accertare la presenza di una proteina (HER2). Si prospetta pertanto un utilizzo innovativo, *off-licence*, del farmaco peraltro già utilizzato, ma con altre indicazioni terapeutiche⁴³.

Il caso riguarda una donna (Miss Rogers) affetta da patologia neoplastica la quale concorda con il proprio medico curante di seguire questo percorso terapeutico innovativo con il farmaco Herceptin. Tuttavia essa risiede in un'area dell'Inghilterra nella quale l'utilizzo *off-licence* di questo farmaco non è erogato gratuitamente dal servizio sanitario. La donna decide pertanto di ricorrere in giudizio, lamentando di non poter più sopportare il costo della terapia, stimabile in £26.328,22 all'anno⁴⁴. La ricorrente si rivolge in prima istanza ad un'*Administrative Court* che emette una pronuncia a lei sfavorevole⁴⁵, in quanto la richiesta di erogazione gratuita e *off-licence* dell'Herceptin è in linea generale esclusa dall'autorità sanitaria territorialmente competente, lo *Swindon Primary Care Trust* [d'ora in avanti: Swindon PCT]. Questa politica subisce una sola deroga nei casi che possano essere considerati "eccezionali" secondo quanto stabilito nei *Trust's Commissioning Policies*⁴⁶. La richiesta della signora Rogers, pertanto, è respinta a seguito della considerazioni del suo medico curante, che non ha ravvisato tratti di eccezionalità in una situazione che risulta equivalente ai casi delle altre pazienti affette dalla medesima patologia⁴⁷. Il giudice di primo grado focalizza l'attenzione sulla legittimità (o, in caso contrario, sull'arbitrarietà) dell'individuazione dell'eccezionalità come criterio per il finanziamento dell'utilizzo innovativo dell'Herceptin nella cura di questo tipo di neoplasia. Le argomentazioni della sentenza pongono in rilievo come la questione dell'allocazione delle risorse non rientri in tale criterio e, a conforto di quest'affermazione, richiamano da un lato le affermazioni del PCT con le quali si è chiarito a più riprese come la questione dei costi non fosse rilevante e, d'altro lato, le linee guida fornite dal *Secretary of State* nelle quali si afferma che i *Trusts* non dovrebbero fondare il rifiuto di finanziare il trattamento dell'*Herceptin* solamente in base ai costi. Se le risorse fossero state considerate tra i criteri di valutazione adottati dal PCT, prosegue il giudice, si sarebbero applicati i principi statuiti in *R v. Cambridge Health Authority*, in cui si è riconosciuta la necessità e quindi la legittimità del bilanciamento con le esigenze poste dalla scarsità delle risorse⁴⁸.

I criteri adottati dallo Swindon PCT sono ritenuti legittimi dal giudice di primo grado, pur nella consapevolezza della differenziazione rispetto ad altre aree inglesi, nelle quali l'utilizzo *off-label* dell'Herceptin è stato fornito gratuitamente dal sistema sanitario. La possibilità di individuare in tale panorama composito ed eterogeneo una *postcode lottery* è ben presente al giudice, che tuttavia limita le proprie considerazioni all'ambito della legittimità, escludendole da quello della politicizia delle scelte di politica sanitaria delle autonomie locali: «Some may criticise the present state of affairs as a "postcode lottery": others will defend the principle of local autonomy in decision-making. In any event, Mr Wise rightly accepted that what other PCTs do cannot be determinative of Swindon's policy, nor of its lawfulness. Even if Swindon are now in a minority among PCTs (and the evidence is not clear about that), rationality in law is not determined by counting heads.»

⁴³ J. MCPHEE, *Recent Developments in Law*, in *Bioethical Inquiry*, 2006, 3, p. 4.

⁴⁴ La ricorrente è riuscita a sostenere solo il costo di una prima parte della terapia, grazie al prestito di una parente, avendo inoltre tentato di reipotencare l'abitazione di cui è proprietaria senza ottenere alcun risultato.

⁴⁵ Cfr. *R (on the application of Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust and another*, [2006] EWHC 171 (*Admin*).

⁴⁶ Ad esempio, rientrano in tale accezione i farmaci "registrati" per l'impiego terapeutico nei soggetti adulti, ma utilizzati nell'ambito pediatrico.

⁴⁷ Cfr. il testo della sentenza richiamata *supra*: «Jane Leaman recommended that the PCT should review each patient's case where the managing clinician believed that Herceptin should be considered as part of the patient's treatment to see if there were any exceptional circumstances evident. This was in effect a decision not to treat Herceptin as an exception to the PCT's general policy on off-licence drugs.»

⁴⁸ Cfr. *R. v. Cambridge Health Authority ex parte B* [1995] 1 WLR 898, CA.

Questa prima pronuncia solleva un ampio dibattito nel quale i riferimenti alla *postcode lottery* non sono infrequenti ed hanno un'eco anche in sede parlamentare⁴⁹.

La ricorrente agisce quindi in appello, dove questa decisione è ribaltata ed il rifiuto dello Swindon PCT di finanziare l'utilizzo off-licence dell'Herceptin è ritenuto illegittimo⁵⁰. Nella prospettiva della ricorrente la decisione della Corte d'Appello è un'innegabile vittoria tuttavia, ad una lettura attenta, essa presenta diverse sfaccettature, ponendo alcuni principi assai rilevanti in tema di bilanciamento tra diritto alla salute e risorse.

La Corte d'appello pone al centro delle sue argomentazioni la mancata inclusione di fattori di carattere economico nei criteri adottati dal *Clinical Priorities Committee*, l'organismo preposto alla valutazione della richiesta di utilizzo *off-licence* del farmaco Herceptin. Tali criteri, esplicitati nelle *Clinical Priorities Policy* dello Swindon PCT fanno riferimento – come detto – al criterio dell'eccezionalità che, secondo la Corte, risulta di difficile comprensione⁵¹, mentre non includono considerazioni attinenti la scarsità o la razionale allocazione delle risorse, né si fondano sulla maggiore o minore speranza terapeutica delle pazienti. La scelta di rifondere la terapia in oggetto ad alcune donne e non ad altre, alla luce di questa difficoltà di definizione, non è ritenuta razionale in quanto non si rileva alcuna argomentazione persuasiva, che consenta di individuare i criteri fondanti una ragionevole diversità di trattamento delle pazienti in questione. L'unico approccio razionale, nella considerazioni della sentenza, avrebbe dovuto fare riferimento alle esigenze cliniche dei pazienti e rifondere tutti coloro ai quali il farmaco era stato prescritto dal proprio medico curante. E la *Court of Appeal* considera il numero contenuto delle possibili richieste in tal senso, che non avrebbe pertanto comportato costi eccessivi.

La sentenza sottolinea in più passaggi l'assenza di riferimento alle risorse nella politica seguita dallo Swindon PCT: da un lato, l'irrilevanza degli aspetti economici è interpretata come indizio dell'esistenza di fondi sufficienti al finanziamento della terapia in questione. D'altro lato, la Corte afferma espressamente che un riferimento alla scarsità delle risorse avrebbe impedito di considerare irrazionale la politica seguita. L'individuazione della ragionevolezza della considerazione delle esigenze di bilancio ha suscitato critiche, tanto da condurre ad individuare nella pronuncia favorevole alla ricorrente una sorta di "vittoria di Pirro" per i pazienti e, più in generale, per il sistema sanitario inglese⁵².

Anche in questo caso – così come visto in quello della "contestualizzazione" degli standard di *negligence* in materia sanitaria – la differenziazione del diritto alla salute si snoda seguendo i confini delle diverse aree geografiche, nelle quali i livelli delle risorse variano e possono condurre a configurare fisionomie diverse del diritto alla salute, in uno dei suoi aspetti fondamentali: l'accesso ai trattamenti sanitari. In questo panorama, la *devolution* accentua (più che creare) un sistema di *welfare* a geometria variabile, nel quale emergono con tutta evidenza sia i costi dell'uniformità a livello nazionale, sia le difficoltà nel raggiungere tale obiettivo.

5. Considerazioni conclusive: devolution, diritti e identità

In tutti gli ordinamenti interessati, a diverso grado ed intensità, da processi federativi o di decentramento politico ed amministrativo la tensione *unità v. diversità* coinvolge tanto la dimensione istituzionale quanto quella concernente la tutela dei diritti anche fondamentali. La misura del rapporto fra le due parti di quello che può apparire un ossimoro (*quanto* di unità-omogeneità e *quanto* di differenziazione) varia evidentemente a seconda di dati di carattere testuale e contestuale, in riferimento alle diverse culture giuridico-costituzionali che contraddistinguono, di volta in volta e "di tempo in tempo", i singoli ordinamenti considerati.

⁴⁹ La stampa, inoltre, riprende ed amplifica questo termine evidenziando le asimmetrie nel diritto all'accesso ai trattamenti per le donne affette dalla medesima patologia, che varia secondo la zona geografica di residenza. Cfr. ad esempio l'articolo di D. WILKES, *Postcode lottery for cancer wonder drug*, apparso sul *Daily Mail* del 10 aprile 2006.

⁵⁰ *R (on the application of Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust and another*, [2006] EWCA Civ 392, [2006] All ER (D) 181 (Apr).

⁵¹ «In deciding whether to fund an "off licence" drug i.e. one not currently licensed by the National Institute for Clinical Excellence such as Herceptin, for early stage breast cancer, Swindon stated in its Clinical Priorities Policy that it would take into account all of the relevant evidence but would not take into account the cost of the treatment. This followed the guidance provided in a press release and a speech by the Secretary of State, that PCTs should not refuse to fund Herceptin treatment following a recommendation by a clinician, solely on the grounds of its cost» *ibidem*.

⁵² Cfr. ad es. le considerazioni svolte in commento a questa pronuncia da B. Schwehr in <http://www.careandhealthlaw.com/>.

Prendendo a riferimento la Gran Bretagna, può dirsi, anzitutto, come le differenze nel grado di tutela del “diritto alla salute” – come definito ed articolato nel corso del lavoro – dipendano certamente sia da variabili di fatto che da variabili di natura politica o più propriamente giuridica. In questi termini, la devolution ha giocato un ruolo importante, anche se lontano dall’essere esclusivo, tanto in termini di risposta alle esigenze di un “autogoverno differenziato del welfare”, quanto quale produttrice di un’ulteriore asimmetria nella garanzia dei diritti all’interno del territorio britannico.

Un primo profilo di interesse riguarda il ruolo ricoperto dalle diverse fonti all’interno della tensione fra uguaglianza e differenziazione. In merito, può sostenersi come il formante legislativo (gli Acts devolutivi oltre a leggi di settore quali il *National Health Service (Scotland) Act*, il *Community Care and Health (Scotland) Act*, il *National Health Service del 1977* cui sono seguite le *National Health Service (Charge for Drugs and Appliance) (Wales) (Amendment) Regulations* del 2005) abbia dimostrato di saper ricoprire un ruolo soprattutto nella direzione della differenziazione, fornendo il quadro giuridico e istituzionale sulla base del quale tanto la Scozia quanto il Galles hanno potuto adottare politiche di segno distintivo: le *flag policies*. Se lo *statutory law*, quindi, ha agito in via diretta quale presupposto legittimante delle distinzioni (anche) in materia di diritto alla salute, va rilevato come abbia costituito solo una concausa, in via concorrente, ai fini del dispiegamento di una differenziazione già esistente prima del 1998.

Sul versante dell’esigenza di garantire un livello essenziale di uniformità nella garanzia di un diritto fondamentale quale quello relativo all’accesso ai trattamenti sanitari ed ai rispettivi standard qualitativi, va registrato come la fonte che si sia maggiormente segnalata sia invece quella giurisprudenziale. Non deve al riguardo sorprendere il giurista dedito al diritto comparato, il fatto che un concetto peculiare come quello di *negligence* in campo medico sia stato utilizzato dalle corti in una prospettiva complessivamente riequilibratrice e nella direzione di una garanzia di eguaglianza delle prestazioni minime che certamente rende il concetto un *equivalente funzionale* della formula dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali presente alla lettera m) del secondo comma dell’art. 117 della Costituzione italiana.

Al riguardo va ancora rilevato come perlomeno ad oggi, non emerga un significativo riferimento giurisprudenziale allo *Human Rights Act* del 1998, nonostante il combinato disposto dell’art. 2 della Convenzione (*Right to life*) con l’art. 14 (*Prohibition of discrimination*) ne possa far prevedere un potenziale utilizzo in termini di eguaglianza nell’accesso ai trattamenti sanitari o di garanzia dei livelli minimi o essenziali delle prestazioni. Infine e sempre in riferimento al *case law*, può segnalarsi come i giudici britannici, al pari di quanto rinvenibile nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, dimostrino una certa resistenza ad avventurarsi in giudizi di legittimità riferiti al bilanciamento fra l’esigenza della tutela della salute individuale e l’impiego di risorse sempre più scarse. Pur nella differenza dell’oggetto delle pronunce della Consulta rispetto a quelle dei giudici oltremarica, in entrambe le esperienze si evoca un ritorno alla politica: «Difficult and agonising judgments have to be made as to how a limited budget is best allocated to the maximum advantage of the maximum number of patients. That is not a judgment which the court can make»⁵³.

Una seconda serie di riflessioni può riprendersi riguardo alla difficile opera di individuazione dei “confini” grazie ai quali definire e circoscrivere sia l’ambito territoriale che la porzione di popolazione delle politiche distintive adottate dai governi delle aree oggetto di devoluzione. L’esempio scozzese, al riguardo, dimostra come, nonostante l’intento riequilibratore e di segno unitario adottato, la mappa del welfare scozzese abbia continuato ad essere disegnata a “pelle di leopardo” seguendo confini che ricalcano maggiormente il dato economico o la capacità contributiva, che le frontiere politico-amministrative; in questo senso, non riuscendo a contrastare il rischio che il criterio dotato di maggiore capacità definitoria sia quello riferibile ad una residenza, o addirittura, ad una “cittadinanza economica”. Il caso del Galles, d’altro canto, è paradigmatico dell’esigenza di limitare il bacino di utenza – potremmo dire – delle politiche distintive; e questo, sia a fini di valorizzazione della identità gallese, sia, più prosaicamente, allo scopo di limitare i costi dell’operazione e di renderla, perciò, economicamente sostenibile. E proprio la politica gallese di riduzione dei costi delle prescrizioni farmaceutiche fa emergere tutta la difficoltà di circoscrivere i destinatari delle politiche di favore, dovendo, in qualche modo, fare riferimento ad un concetto di “residenza rinforzata”.

⁵³ R (on the application of Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust and another, [2006] EWHC 171 (Admin), cit.

Tali esempi, ed altri che si potrebbero portare in riferimento ad altre esperienze simili, paiono inoltre sufficienti a dimostrare il “confronto permanente” fra garanzia dei diritti e scarsità delle risorse, ed il peso sempre maggiore che il fattore economico viene ad esercitare su valori e profili (si pensi all’identità) che di per sé, e perlomeno nella retorica politica e costituzionale, non dovrebbero certo dipendere da variabili economiche.

Un ultimo collegato profilo di interesse riguarda gli esiti parzialmente paradossali della devolution. Se con essa si volevano affermare volontà politiche unitarie, che potessero anche caricarsi di valenze simboliche rispetto alla formazione o al consolidamento di una identità specifica e distintiva (in questo senso le *flag policies*) va registrato come la *devolution in action* – per così dire – abbia dato esiti non sempre lineari ed anzi parzialmente contraddittori. La differenziazione nella differenziazione di cui si è detto, oltre a porre in dubbio l’esistenza di un *Health Service* che possa dirsi davvero *National*, dimostra proprio come la costruzione di una identità che possa raccogliersi attorno alla condivisione di diritti goduti in termini di eguaglianza, e nel caso specifico quello che potremmo denominare un “*welfare patriotism*”, siano risultati per nulla facili da ottenere nemmeno a livello regionale; e certamente, non con il solo strumento del diritto.