

LA TUTELA DELLA POSIZIONE SOGGETTIVA IN AMBITO SANITARIO: IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE.

Dr. Alessandro Cacciari

La nostra Costituzione, nella parte prima, riconosce ai cittadini (e in alcuni casi anche ai non cittadini) una serie di diritti e doveri che non riguardano solo la tutela del singolo dalle ingerenze del pubblico potere. La Carta costituzionale, infatti, dopo avere enunciato i diritti che rientrano in questo ambito quali la libertà personale (articolo 13) o la libertà di domicilio (articolo 14), individua anche una serie di diritti cosiddetti “sociali” in base ai quali i privati sono abilitati a chiedere e ricevere determinate prestazioni dagli apparati pubblici. Questi sono specificazione del principio di eguaglianza sostanziale declinato all’articolo 3 della Costituzione, in base al quale non solo tutte le persone sono eguali davanti alla legge ma, in più, lo Stato ha il compito di rimuovere gli ostacoli economici e sociali che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

I diritti sociali disciplinati dalla Costituzione devono però essere considerati in una accezione particolare poiché non sempre le norme che li riconoscono comportano in via diretta, di per sé stessi, l’attribuzione di posizioni giuridiche immediatamente azionabili. Nei primi anni di applicazione della Costituzione queste norme sono state interpretate come disposizioni programmatiche, ossia come obiettivi assegnati al legislatore dalla Carta costituzionale ed impegnative sul piano politico, ma insuscettibili di fondare un’azione davanti al giudice. In questi casi la controparte dei diritti attribuiti dalla Costituzione è lo Stato, che la prima chiama ad organizzare ed erogare determinate prestazioni senza, tuttavia, che il privato si possa avvalere di una situazione giuridica soggettiva che le norme costituzionali non attribuiscono, finché non sia intervenuta una legge a definire concretamente quali siano le prestazioni da erogare traducendo così gli obiettivi generali fissati dalla Costituzione in autentici diritti soggettivi, esercitabili nei confronti degli enti pubblici incaricati di prestare i servizi. A tale proposito in dottrina si parla di “diritti sociali condizionati” od anche di “diritti finanziariamente condizionati”, ad indicare che la loro fruizione dipende dall’esistenza di una norma di legge e di una organizzazione investita dei correlativi obblighi, con corrispondente provvista finanziaria.

In alcune ipotesi peraltro la Costituzione configura un diritto sociale già perfetto in tutti i suoi aspetti anche sotto il profilo dell’azionabilità in sede giudiziaria: si tratta dei “diritti sociali incondizionati” rispetto ai quali il giudice, in caso di conflitto tra le parti interessate, è chiamato tutt’al più a determinare la misura della prestazione dovuta. Esempio è il diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato ai sensi dell’articolo 36 della Costituzione, di cui si afferma la diretta operatività nei rapporti interprivati.

Possiamo quindi dire che mentre i diritti di libertà sono tutti diritti soggettivi assoluti poiché immediatamente azionabili e diretti ad una pluralità indeterminata di soggetti passivi, non solo lo Stato ma anche privati, i diritti sociali, talvolta, per la loro attuazione richiedono l’interposizione del legislatore al fine di definire concretamente le prestazioni che il pubblico potere deve erogare ed organizzare le strutture amministrative competenti.

Il diritto alla salute è riconosciuto dall’articolo 32 della Costituzione, il quale recita:

“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Anzitutto dobbiamo constatare che il diritto alla salute è riconosciuto non solo ai cittadini, ma a qualunque persona fisica.

Il diritto alla salute poi è tutelato sia come diritto all'integrità fisica che come diritto a ricevere prestazioni sanitarie. Nel primo aspetto implica la titolarità del bene salute che non può essere pregiudicato dal comportamento di nessuno, siano soggetti pubblici o privati, sui quali ultimi grava correlativamente un obbligo di astenersi da ogni comportamento che possa arrecare danno. Sotto questo profilo il diritto alla salute è effettivamente una posizione immediatamente azionabile, nel senso che chiunque può denunciare innanzi all'autorità giudiziaria ogni comportamento di terzi il quale metta in pericolo la propria integrità fisica. Non altrettanto può dirsi per la salute intesa come diritto sociale ad essere curato poiché, in tale accezione, comporta una pretesa la cui azionabilità è condizionata dall'intervento del legislatore. L'articolo 32 della Costituzione, sotto questo profilo, è una disposizione programmatica da cui deriva un diritto che dovrà essere concretizzato dall'intervento legislativo, il quale individuerà concretamente le prestazioni erogabili.

Abbiamo quindi una sorta di diritto a doppia faccia che presenta anzitutto un aspetto negativo, concretizzantesi nella pretesa del singolo a che chiunque si astenga da comportamenti pregiudizievoli per l'integrità psicofisica. Alla salute intesa in questo senso si riconnette il diritto ad un ambiente salubre quale condizione da cui ne dipende l'effettiva attuazione.

Il diritto all'assistenza sanitaria costituisce invece il profilo positivo del diritto alla salute e per la sua attuazione concreta richiede l'interposizione del legislatore. Questo comporta inevitabili ripercussioni sul riparto di giurisdizione poiché nel nostro ordinamento, nei rapporti tra privato ed amministrazione, sono deducibili avanti al giudice ordinario solo le pretese che la legge configura come immediatamente ed incondizionatamente azionabili e che si traducono in diritti soggettivi, mentre laddove la posizione dei privati deve essere conformata dal pubblico potere, essi potranno pretendere solo che questo sia esercitato secondo legge e vanteranno quindi un interesse legittimo al suo corretto esercizio, da far valere innanzi al giudice amministrativo.

Un orientamento esistente nell'ambito della giurisdizione ordinaria tende ad escludere che l'amministrazione disponga di potestà pubblicistica allorché intervenga su posizioni che l'ordinamento riconosce quali diritti fondamentali. Secondo questo orientamento essi sono tutelati dall'ordinamento in modo così forte che il pubblico potere non potrebbe mai intaccarli. Le relative controversie sarebbero quindi attribuibili alla cognizione del giudice ordinario e non di quello amministrativo, poiché alcun potere pubblico potrebbe inciderli. E' la teoria dei "diritti inaffievolibili" o "incomprimibili" che ha preso piede in sede interpretativa verso la fine degli anni '70 del secolo scorso, in un periodo in cui la tutela che il giudice amministrativo era in grado di fornire agli interessi legittimi lesi dall'azione amministrativa risultava certamente meno garantista rispetto a quella offerta dal giudice ordinario in relazione ai diritti soggettivi. In questo contesto, una parte della giurisprudenza di Cassazione aveva messo in evidenza che per la tutela dei diritti di rango costituzionale lesi dall'azione della pubblica amministrazione non poteva trovare applicazione il criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla dicotomia "carenza di potere – cattivo uso del potere" perché l'applicazione di questo criterio avrebbe portato all'attenzione del giudice amministrativo anche il diritto fondamentale leso dal cattivo uso del potere pubblico, con tutti i limiti che ne sarebbero derivati in punto di tutela. La prima sentenza che ha dato origine a questo filone è Corte di Cassazione 9 marzo 1979, n. 1436. Secondo tale interpretazione in questi casi, poiché l'amministrazione non dispone di alcun potere di incidere sul diritto fondamentale, un eventuale provvedimento da questa emanato sarebbe nullo e qualificerebbe un mero comportamento illecito dell'amministrazione stessa. Il giudice ordinario quindi non sarebbe soggetto ai limiti previsti dalla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo 20 marzo 1865,

n. 2248, allegato E, e l'amministrazione, in questi casi, ben potrebbe essere soggetta anche a pronunce di condanna e persino a ordini di fare. L'intangibilità del diritto impedisce, secondo questa opinione, che la tutela delle posizioni soggettive possa essere depotenziata per effetto dei limiti suddetti consistenti nel divieto di annullare o revocare un atto amministrativo e di ordinare un comportamento specifico all'amministrazione. Tali limitazioni erano state introdotte per garantire il rispetto, da parte dell'autorità giudiziaria, delle prerogative proprie del potere esecutivo, ma ove si versi in una situazione in cui nessun potere può essere esercitato, ebbene esse non hanno alcuna ragione d'essere poiché il potere pubblico, in tal caso, si pone in una posizione del tutto analoga a quella di qualunque altro soggetto dell'ordinamento.

La tendenza ad enucleare una serie di diritti fondamentali incomprimibili dall'amministrazione ha fatto breccia anche in sede legislativa, risultando ratio ispiratrice dell'abrogata l. n. 675/1996 (ora confluita nel d.lgs. n. 196/2003) in tema di protezione dei dati personali; della l. n. 230/1998 in tema di obiezione di coscienza e del d. lgs. n. 286/1998 in tema di disciplina dell'immigrazione. In relazione a questi casi si osserva che, essendo stato riconosciuto al giudice ordinario il potere di annullare gli eventuali provvedimenti amministrativi illegittimi, non è stata introdotta un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario come ritiene una parte minoritaria della dottrina, ma è stata più semplicemente riconosciuta l'esistenza di aree nelle quali il diritto soggettivo del singolo non subisce compressioni a causa dell'intervento del potere amministrativo.

Questa tendenza si è manifestata in particolare rispetto al diritto alla salute il quale, proprio perché costituisce un diritto fondamentale tutelato a livello costituzionale, sarebbe sempre una posizione non affievolibile e la cognizione delle controversie in materia spetterebbe senz'altro al giudice ordinario.

Un altro orientamento ritiene di dover distinguere due differenti ipotesi, e qui ci riallacciamo a quanto esposto in apertura circa il carattere duplice del diritto alla salute, ossia come posizione oppositiva se intesa nel senso di proteggere l'integrità fisica salute da aggressioni provenienti da terzi, e come posizione pretensiva se inteso come richiesta di ottenere un miglioramento delle proprie condizioni mediante un determinato livello di prestazioni da parte del servizio sanitario nazionale. In questa seconda ipotesi il privato non vanterebbe una situazione soggettiva di diritto pieno, poiché la soddisfazione della pretesa richiederebbe l'interposizione del potere pubblico il quale dovrebbe bilanciare l'interesse del richiedente con altri interessi a loro volta tutelati dalla Costituzione, in particolare con l'equilibrio di bilancio previsto dall'articolo 81 Cost.

Infine una terza posizione intermedia ritiene pur sempre che il diritto della salute sia intangibile nella sua componente oppositiva ed opera, però, una distinzione relativamente alla componente pretensiva: la pretesa volta ad ottenere un certo livello di prestazioni da parte del potere pubblico avrebbe natura di diritto intangibile solo quando venga dedotta una situazione di rischio mortale o di sofferenza grave.

La dottrina ha mosso obiezioni alla teoria dei diritti incomprimibili rilevando che anche l'attuazione dei diritti fondamentali deve tenere conto, in generale, dell'esistenza di altre posizioni tutelate a livello costituzionale, ed anzi proprio la Costituzione attribuirebbe al legislatore ed all'amministrazione il compito di individuare, volta per volta, la miglior soluzione possibile in questo contemperamento senza escludere un'incisione, sia pure limitata, ai diritti fondamentali. Non esisterebbe cioè una netta contrapposizione tra il carattere fondamentale di un diritto e la possibilità per l'amministrazione di esercitare il proprio potere (anch'esso costituzionalmente tutelato) di conformarne il contenuto bilanciandolo con altri interessi rilevanti costituzionalmente, poiché ogni diritto fondamentale trova limite e contemperamento nella necessità di tutelare altri diritti fondamentali ed altri valori (sia di natura privatistica che pubblicistica) tutelati dalla Costituzione.

In particolare il diritto alla salute, nella sua dimensione di pretesa, viene tutelato sulla base di scelte rimesse dapprima al legislatore, e poi alla pubblica amministrazione, i quali devono tenere conto anche dell'esigenza di contenere le spese finanziarie a carico del servizio sanitario nazionale.

Si è poi preso anche atto che progressivamente sono venute meno le esigenze le quali in passato avevano indotto la giurisprudenza ad elaborare la teoria dei diritti incompressibili, poiché modificazioni sia giurisprudenziali che normative hanno parificato il grado di tutela assicurato al diritto soggettivo a quello garantito all'interesse legittimo. Nel secolo scorso, ad esempio, al giudice amministrativo era preclusa la possibilità di condannare le pubbliche amministrazioni al risarcimento del danno per lesione all'interesse legittimo, e questo dogma è stato superato dalla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 500/1999. Inoltre sono stati concessi legislativamente al giudice amministrativo poteri processuali che prima non possedeva, in particolare quello di espletare la consulenza tecnica d'ufficio. Tutto questo garantisce piena sindacabilità e tutelabilità nei confronti delle scelte effettuate dalla pubblica amministrazione anche laddove agisca come pubblico potere e incontri quindi situazioni non di diritto soggettivo, ma di interesse legittimo.

Una particolare ipotesi riguarda il ricovero in strutture sanitarie specializzate situate all'estero.

La giurisdizione ordinaria è stata affermata relativamente alle domande di rimborso delle spese sanitarie del cittadino italiano ricoverato all'estero *senza* preventiva *autorizzazione* regionale in caso di ricovero per motivi di urgenza, quando cioè sussiste il pericolo di vita o di aggravamento della malattia. In questo caso si è ritenuto che oggetto della domanda sia la tutela del diritto fondamentale alla salute, il cui necessario temperamento con altri interessi che pure sono garantiti costituzionalmente non ne implica la trasformazione in interesse legittimo. Secondo questo orientamento viene in considerazione, in tal caso, una posizione dell'assistito avente natura di diritto soggettivo perfetto, ovvero il diritto alla salute riconducibile all'art. 32 Cost. e perciò difetta un potere della pubblica amministrazione espressivo di discrezionalità amministrativa, in grado di determinare l'affievolimento di quella posizione. L'amministrazione ha solo il potere di valutare l'urgenza della prestazione sanitaria ottenuta all'estero secondo criteri di discrezionalità tecnica il cui esercizio non è espressione di un potere di supremazia. Ne segue che su detta domanda sussiste la giurisdizione del giudice ordinario senza che assumano rilievo, in senso contrario, le disposizioni che hanno interessato il riparto della giurisdizione in materia di pubblici servizi, ivi compreso quello sanitario (Cassazione civile SS.UU., 30 maggio 2005 n. 11333).

Recentemente è stata riconosciuta la giurisdizione ordinaria anche in ipotesi di ricovero non urgente, *non preceduto* dalla richiesta di *autorizzazione* la quale è stata *successivamente negata*. Nella specie si trattava di una terapia riabilitativa motoria personalizzata a beneficio di un paziente affetto da tetraparesi spastica con invalidità al 70%. Anche in tal caso si è ritenuto che la controversia proposta avverso il diniego di autorizzazione al rimborso fosse di competenza del giudice ordinario e non di quello amministrativo, poiché il necessario temperamento del diritto alla salute con l'interesse pubblico alla copertura finanziaria dei servizi erogabili non può comportare l'eliminazione del nucleo irriducibile del diritto primario alla salute. Quando l'assistito dal servizio sanitario nazionale allega alla domanda una situazione di fatto fondata sul diritto alla salute, come nel caso di prestazione sanitaria basata su tecniche terapeutiche non praticate in Italia per l'attenuazione o la rimozione delle conseguenze del suo stato morboso, la cognizione della controversia spetta al giudice ordinario perché in tal caso la posizione dedotta in giudizio è il diritto soggettivo alla salute il quale, stante la base costituzionale che lo tutela, deve considerarsi perfetto e incompressibile, (Cass. SS.UU., 26 maggio 2004 n. 10180; 3 marzo 2003 n. 3145). E se pure il contenuto indeterminato di tale diritto lascia spazio al legislatore e alla pubblica amministrazione nelle scelte organizzative circa l'erogazione del servizio tenendo conto anche delle compatibilità di

finanza pubblica, la relativa discrezionalità non può sacrificare tale diritto e per questo il legislatore la correla a criteri scientifici e tecnici, alla cui luce deve essere valutata la fondatezza della pretesa del richiedente. La domanda di rimborso delle spese per una prestazione sanitaria che offra anche soltanto l'opportunità di migliorare le condizioni di integrità psicofisica della persona bisognosa di cura, pur in mancanza del requisito dell'urgenza, spetta quindi alla giurisdizione del giudice ordinario e non di quello amministrativo (Cassazione civile SS.UU., 27 febbraio 2012 n. 2923).

Più problematica l'ipotesi in cui la *richiesta di autorizzazione* è stata *presentata* dal privato ma *negata* dall'amministrazione. Il caso riguardava una persona che a causa di un incidente sciistico aveva riportato la paralisi completa del braccio sinistro. Rivoltasi alle strutture ospedaliere nazionali per ricevere le cure del caso, fu formulata una prognosi negativa in ordine alla possibilità di recuperare la funzionalità dell'arto. Avendo però appreso che presso una clinica austriaca venivano praticati interventi chirurgici all'avanguardia nel settore, chiese l'autorizzazione preventiva al ricovero all'estero che le fu negata, e tuttavia si sottopose ugualmente agli interventi presso quella struttura privata estera e chiese il rimborso delle spese affrontate all'USL di appartenenza, che rigettò l'istanza. Anche in tal caso è stata affermata la giurisdizione ordinaria poiché l'apprezzamento che l'amministrazione deve effettuare sulla domanda ha carattere esclusivamente tecnico ed è limitata a valutare la sussistenza dei presupposti sanitari per fruire delle prestazioni richieste, in particolare l'impossibilità di fruirne tempestivamente in forma adeguata alla particolarità del caso clinico. Non sussiste quindi, nel caso di specie, un potere discrezionale nel valutare le richieste autorizzative e viene quindi in considerazione il diritto fondamentale alla salute, che non è suscettibile di essere affievolito.

La giurisdizione appartiene dunque al giudice ordinario sia nel caso in cui siano dedotte situazioni di eccezionale gravità ed urgenza prospettate come ostative alla possibilità di formulare preventivamente la richiesta di autorizzazione per curarsi all'estero, sia nel caso in cui l'autorizzazione sia stata chiesta e negata, poiché in entrambi i casi viene in considerazione il fondamentale diritto alla salute che non è suscettibile di essere affievolito dalla discrezionalità, meramente tecnica, dell'amministrazione circa l'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni (Cassazione civile SS.UU., 6 febbraio 2009 n. 2867).

Secondo poi Cassazione civile SS.UU., 2013, n. 20577, anche nel caso in cui nel giudizio non sia stato chiesto il rimborso di spese affrontate per cure specialistiche praticate all'estero in mancanza di autorizzazione ma l'annullamento dell'atto amministrativo di diniego dell'autorizzazione stessa ad effettuarle, va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario poiché egualmente la domanda è diretta a tutelare una posizione di diritto soggettivo, senza che assuma rilievo in senso contrario il contenuto concreto del provvedimento richiesto il quale può implicare soltanto un limite interno alle attribuzioni del giudice ordinario, giustificato dal divieto di annullamento, revoca o modifica dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 4 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

In un altro caso anche il Consiglio di Stato, con sentenza della Sezione terza 18 novembre 2015 n. 5276, ha sancito che le controversie riguardanti lesioni del diritto soggettivo alla salute rientrano nella giurisdizione ordinaria. Nel caso specifico si trattava del rifiuto del Ministero della salute ad aderire ad una transazione per il risarcimento dei danni subiti da persone che, affette da talassemia, avevano contratto il virus dell'epatite a seguito di trasfusioni con sangue infetto distribuito dal servizio sanitario nazionale.

Vediamo quindi che nel rapporto tra il singolo ed il potere pubblico, anche nei casi in cui il primo avanzi una pretesa verso il secondo, la salute è riconosciuta come situazione immediatamente azionabile senza che altri interessi pubblici possano in qualche modo incidervi. Ne segue che le relative controversie devono essere conosciute dal giudice ordinario.

Il discorso cambia quando passiamo a trattare dell'organizzazione del servizio sanitario. In quest'ambito si evidenzia un contrasto tra la tutela del diritto alla salute e la tutela della finanza pubblica a causa, anche, del consolidarsi dell'ordinamento sovranazionale europeo con i conseguenti obblighi di rispettare gli obiettivi del patto di stabilità. In particolare la legge costituzionale n. 1/12, nel modificare gli artt. 81, 97 e 119 Cost, ha imposto a tutte le pubbliche amministrazioni l'obbligo di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico costituzionalizzando in tal modo il principio di pareggio del bilancio, che è entrato a pieno titolo a fare parte del bilanciamento con altri interessi di pari rilevanza costituzionale. Recenti sentenze della Corte costituzionale ne danno pienamente atto. Secondo Corte Cost. 416/95 "in presenza di limitatezza delle risorse e riduzione delle disponibilità finanziarie accompagnata da esigenze di risanamento del bilancio nazionale non è pensabile di poter spendere senza limite, avendo riguardo soltanto ai bisogni quale ne sia la gravità e l'urgenza; è viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute". Il concetto è stato ribadito sancendo che il diritto alle prestazioni sanitarie è finanziariamente condizionato poiché "l'esigenza di assicurare l'universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario" (Corte cost. 111/2005). Il diritto alla salute, quindi, viene assicurato dall'ordinamento come un diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone.

Nell'ottica di un bilanciamento tra queste opposte esigenze si è progressivamente affermato il principio della programmazione, allo scopo di realizzare un contenimento della spesa pubblica e una razionalizzazione del sistema sanitario. Spetta anzitutto al legislatore a monte e poi, a valle, alla pubblica amministrazione, la responsabilità di porre attenzione alla programmazione in modo da consentire quantomeno la tutela di un nucleo fondamentale e irriducibile del diritto alla salute. Non esiste però una definizione esatta di "nucleo irriducibile" per i diritti fondamentali di diretta rilevanza costituzionale e in particolare, per quello alla salute.

Il Consiglio di Stato, con le sentenze nn. 3 e 4/2012 dell'Adunanza Plenaria, giudicava sulla legittimità dei tetti di spesa deliberati da una Regione in corso di anno, con effetto retroattivo. Premessa la conformazione del diritto alla salute quale diritto finanziariamente condizionato e che la garanzia di tutela del suo "nucleo irriducibile" salute non può essere disgiunto dal completo controllo della spesa programmata, è stata riconosciuta la legittimità della fissazione retroattiva, in corso di anno, dei tetti regionali di spesa, però condizionata dall'adozione di peculiari cautele per il corretto temperamento delle esigenze di controllo della spesa pubblica, pur da ritenersi preponderanti, con l'altrettanto irrinunciabile esigenza di certezza del diritto e di tutela delle legittime aspettative degli imprenditori privati del settore. Si è, pertanto, ritenuto necessario che le decurtazioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, fossero contenute nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili all'inizio e nel corso dell'anno.

Ulteriore ricaduta, in termini pratici, della riconosciuta prevalenza delle esigenze di contenimento della spesa pubblica nel bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti è l'affermata inderogabilità, in assenza di una norma di pari grado che espressamente la disponga, delle norme di finanza pubblica poiché i limiti da queste imposti sono strumentali all'attuazione degli obiettivi di pareggio del bilancio e sostenibilità del debito pubblico, previsti non solo da fonti

nazionali ma anche, e soprattutto, dal patto di stabilità contratto a livello comunitario. Gli obblighi di sana gestione delle finanze pubbliche vengono imposti agli Stati membri direttamente dal Trattato sul Funzionamento della Unione europea (TFUE) con norme di immediata e diretta applicazione, quali gli artt. 119, 121, 126 e 140 ed il protocollo 12 in tema di procedura per i disavanzi eccessivi. Rilevante, a tale proposito, è anche l'espressa inclusione tra gli obiettivi dell'Unione, a norma dell'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea, della promozione della "solidarietà tra le generazioni": una gestione corretta e sana delle risorse finanziarie pubbliche tutela anche questa forma di solidarietà. Sembra quindi consolidarsi un orientamento secondo il quale le norme di finanza pubblica, che sono espressione del principio di coordinamento della stessa, hanno un vasto ambito applicativo e sono cogenti anche nel rapporto con la potestà legislativa regionale, di talché "il legislatore statale può imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari" (Corte Cost. 91/12).

Il principio è applicato anche per altri diritti fondamentali e in particolare per quello all'istruzione, che offre interessanti elementi di comparazione.

Il T.A.R. Piemonte, con sentenza della seconda Sezione n. 1456/2014 in tema di servizio di trasporto pubblico per disabili, ha affrontato la questione relativa al conflitto tra la limitatezza delle risorse di bilancio del Comune erogante e le pretese degli aventi diritto. Partendo dalla definizione dei cosiddetti diritti sociali quali "diritti finanziariamente condizionati" ha evidenziato che il profilo della doverosità delle prestazioni pubbliche e delle connesse implicazioni relative alla tutela delle aspettative di prestazione degli utenti non possono che dipendere dall'intervento dapprima, del legislatore, ed in seconda battuta dell'amministrazione, sempre con il vincolo delle risorse finanziarie disponibili. Più in generale ha sostenuto che "la scarsità delle risorse ha cioè indotto il costituente ed il legislatore ordinario a delineare un modello di Stato sociale necessariamente parsimonioso e, di conseguenza, selettivo nella garanzia dei servizi minimi e nell'individuazione dei destinatari degli interventi..... potrà aversi un diritto soggettivo solo qualora la legge specifichi il contenuto del dovere di protezione sancito dalle norme costituzionali, configurando il comportamento dovuto dall'amministrazione quale elemento di un concreto rapporto giuridico, in relazione a determinate prestazioni da garantire a dati soggetti, e quindi come vero e proprio obbligo dell'amministrazione stessa". In caso contrario, qualora non vi sia tale specificazione nella norma di legge e il dovere resti fuori dall'orbita di ogni rapporto giuridico, si riespande la discrezionalità dell'ente con possibilità di condizionare l'erogazione del servizio ai limiti di finanza pubblica. Nel caso specifico si è posto in evidenza che la norma di cui all'art. 26 della l. 104/92, sancendo genericamente che i Comuni assicurano "nell'ambito delle proprie ordinarie risorse di bilancio" modalità di trasporto individuali per le persone disabili che non sono in grado di servirsi autonomamente dei mezzi pubblici, non fonda in capo ai medesimi una situazione di pretesa qualificabile come diritto soggettivo, bensì una situazione di interesse legittimo. Secondo la sentenza, dunque, la prevalenza della tutela del diritto fondamentale della persona rispetto a quella degli altri interessi costituzionalmente rilevanti, tra i quali il mantenimento degli equilibri di bilancio degli enti pubblici, è confinata alle sole ipotesi in cui il legislatore descrive in modo compiuto e dettagliato il dovere di protezione che grava in capo all'amministrazione agente, effettuando, in tal modo, già a monte il bilanciamento degli interessi coinvolti ed imponendo come prevalente la tutela del diritto.

Il TAR della Lombardia-Brescia è stato recentemente chiamato a pronunciarsi sulla scelta effettuata da un Comune di sopprimere il servizio scuolabus in una frazione del territorio di competenza, ritenendolo antieconomico, sostituendolo per i tre alunni interessati con l'erogazione di un contributo pro capite di € 1.500 calcolato sul rimborso chilometrico con tabella ACI. Il TAR, con la sentenza della seconda Sezione 28 agosto 2014 n. 918, ha ritenuto che non sia rinvenibile

nell'ordinamento un obbligo generalizzato e specifico di predisporre il servizio scuolabus e che resti salva la necessità di esplorare modalità alternative le quali agevolino comunque lo spostamento degli studenti dalla propria abitazione alla struttura scolastica. I Comuni conservano il potere discrezionale di valutare opzioni differenti in presenza di situazioni peculiari, a condizione di realizzare l'obiettivo di garantire l'attuazione del diritto allo studio, e la corresponsione di una somma adeguata a titolo di rimborso spese può assolvere a questa funzione. La soluzione del conflitto tra le ragioni della finanza e quelle dei diritti che impongono prestazioni a carico dei bilanci pubblici viene rinvenuta nel corretto espletamento della funzione programmatica a monte, con tendenziale propensione verso le soluzioni organizzative in grado di contenere i costi della pubblica amministrazione.

Nel caso deciso in primo grado dalla sentenza della seconda Sezione del TAR Torino n. 1551/2014 agivano in giudizio l'organismo associativo che riunisce a livello nazionale e territoriale le strutture comunitarie psichiatriche extraospedaliere, e due associazioni senza scopo di lucro che perseguono finalità di solidarietà e promozione sociale in favore dei disabili. Esse impugnavano la delibera con cui la Regione Piemonte aveva sospeso per gli anni 2012 e 2013, per determinate tipologie di prestazioni dell'area socio-sanitaria residenziali e semiresidenziali, l'applicazione di tutte le norme regionali che prevedevano un adeguamento delle tariffe al tasso di inflazione programmata o comunque altri adeguamenti automatici. Secondo il giudice di primo grado, le tariffe costituiscono espressione del potere pubblicistico di regolamentare un determinato settore economico e, nella loro adozione, l'autorità competente non deve tenere conto della sola legge del mercato di domanda ed offerta, ma anche effettuare una valutazione complessiva modulata sul beneficio dell'utenza. Nel particolare ambito delle tariffe relative alle prestazioni sanitarie, per la loro determinazione deve tenersi conto sia della necessità di remunerare adeguatamente il soggetto erogatore, sia dell'esigenza di contenimento della spesa pubblica, avendo presente l'obiettivo finale di consentire l'accesso diffuso alle prestazioni sanitarie ritenute essenziali. La pretesa all'aggiornamento non ha consistenza di diritto soggettivo bensì di interesse legittimo, sicché l'operatore economico interessato ha titolo a pretendere il corretto svolgimento del procedimento di valutazione istruttoria da parte della Regione. Nella fattispecie in esame questa aveva dapprima previsto, all'interno dello schema dei contratti di acquisto delle prestazioni da privati accreditati, l'incremento della spesa per gli anni 2011 e 2012 nella misura del tasso d'inflazione programmato (1,5%), giustificando la scelta in relazione all'esigenza di migliorare gli standard di erogazione del servizio e di garantire il rispetto dei livelli essenziali di assistenza, ma poi aveva indistintamente "sospeso" le previgenti discipline regionali che prevedessero un adeguamento delle tariffe al tasso d'inflazione. Secondo il TAR del Piemonte poiché scopo perseguito dal legislatore è assicurare ad un tempo l'equilibrio della finanza pubblica e l'uguaglianza dei cittadini nel godimento dei diritti fondamentali, tra i quali rientra quello alla salute, nel caso di specie la Regione aveva illegittimamente esercitato il potere di regolazione tariffaria sterilizzando gli adeguamenti nell'ambito di un progetto di "miglioramento territoriale" poiché non aveva considerato le legittime aspettative degli operatori privati al mantenimento dei livelli tariffari vigenti.

La sentenza è stata riformata dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 7 dicembre 2015, n. 5539, sancendo che nel bilanciamento di interessi, tutti di pari rango costituzionale, la tutela del diritto alla salute può trovare accoglimento nei limiti delle risorse finanziarie disponibili poiché nei sistemi costituzionali contemporanei non vi è garanzia di effettività per i diritti fondamentali fuori da un determinato equilibrio di bilancio democraticamente fissato, che garantisca la sostenibilità e la durata dei diritti medesimi e coordini i conti tra risorse e prestazioni e tra le generazioni presenti e future. La delibera regionale, al fine di "contemperare le rigidità della congiuntura economico-finanziaria e il fine pubblico di garantire la fruibilità delle prestazioni dell'area socio-sanitaria residenziali e semiresidenziali, inserite nei Livelli Essenziali di Assistenza di cui all'Allegato 1 C del D.P.C.M. del 29.11.2001", aveva ritenuto di dover sospendere l'applicazione di tutte le norme

regionali che prevedevano un adeguamento delle tariffe-rette per prestazioni erogate in strutture accreditate, pubbliche e private, al tasso di inflazione programmata o, comunque, altri adeguamenti automatici. La motivazione del provvedimento, secondo il Consiglio di Stato, non era lacunosa poiché era basata sul mutamento delle circostanze finanziarie presupposte alle previsioni contenute nel piano di rientro, determinate da leggi sopravvenute (n. 111 del 15.7.2011 che ha convertito il D.L. 6.7.2011, n. 98 e n. 135 del 7.8.2012, che ha convertito il D.L. 95/2012), le quali avevano comportato la riduzione delle entrate effettive in sede di riparto del Fondo Sanitario Nazionale. Essendo mutato il quadro normativo di riferimento ed essendo state esternate le ragioni connesse al rispetto del piano di rientro ed alla garanzia, al tempo stesso, della fruibilità delle prestazioni, la motivazione dell'atto appariva sufficiente e non in contrasto con le esigenze di garanzia del diritto costituzionale alla salute. Secondo questa sentenza, la tutela del diritto alla salute può trovare accoglimento nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, cosicché la limitazione delle risorse impedisce legittimamente di coprire interamente la spesa per prestazioni di carattere sociosanitario che pur avendo carattere di essenzialità, siano assicurate ad un livello maggiore rispetto al rimanente territorio nazionale.

Analogo principio è stato affermato nella sentenza del Consiglio di Stato sez. III 7 dicembre 2015 n. 5538: la tutela del diritto alla salute può trovare accoglimento in base alle risorse finanziarie disponibili sicché la limitazione delle risorse impedisce legittimamente di coprire interamente la spesa per prestazioni di carattere sociosanitario le quali, pur avendo carattere di essenzialità, siano assicurate ad un livello maggiore rispetto al rimanente territorio nazionale. L'ampia discrezionalità di cui gode la Regione rende incensurabile la sua scelta di non coprire i costi delle prestazioni "extra LEA" in situazioni di carenti risorse finanziarie, salvo vizi macroscopici di ragionevolezza. E' stata disattesa la sentenza del giudice di primo grado (TAR Piemonte II, n. 156 del 2015) secondo cui la tutela della salute, pur essendo condizionata dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, garantisce in ogni caso un "nucleo irriducibile" di diritti protetti dalla Costituzione.

Penso possiamo concludere che il cosiddetto diritto alla salute, nel momento in cui assume carattere di pretesa all'erogazione di prestazioni sanitarie da parte della pubblica amministrazione, deve in realtà qualificarsi più propriamente come interesse legittimo alla corretta ed efficiente organizzazione del servizio sanitario, in modo tale che il numero massimo di erogazioni siano fruite dalla collettività nei limiti delle risorse finanziarie disponibili. Il rapporto col bene "salute" in questo caso non è dunque diretto ed immediato ma deve essere conformato dal potere pubblico, dapprima in sede legislativa e, successivamente, con le scelte operate a livello amministrativo. Nell'individuazione concreta delle prestazioni erogabili entrano in gioco, infatti, anche altri interessi di rilievo costituzionale e in primo luogo quello all'equilibrio economico finanziario, il quale oggi si traduce nel pareggio di bilancio (che pure non sembra preoccupare molto gli autori del bilancio statale il quale, programmaticamente, prevede determinati livelli di disavanzo). Ciò comporta quindi la necessità di contemperare interessi diversi tra loro in quell'attività che rappresenta tipicamente il "merito" e consiste nella selezione e contemperamento degli interessi rilevanti in una determinata materia, e ciò sia a livello legislativo con la redazione delle norme primarie, che a livello amministrativo con la concretizzazione delle scelte. La materia in esame, a questo punto, non rientra più nell'ambito della tutela del diritto alla salute ma in quella dell'organizzazione dei pubblici servizi, che è riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'art. 133, comma 1, lett. c) del codice del processo amministrativo. In questa sede il giudice potrà essere chiamato a verificare se gli interessi sono stati correttamente valutati e bilanciati tra loro o se, invece, le scelte dell'amministrazione siano affette da manifesta irragionevolezza o travisamento. Solo entro questi limiti, infatti, le scelte di merito dell'amministrazione possono essere sindacate. In caso di accoglimento del ricorso, poi, il giudice non potrà individuare concretamente le prestazioni erogabili stante il divieto di sostituirsi

all'amministrazione in scelte discrezionali previsto dall'art. 34, comma 2, c.p.a., e la questione dovrà essere rimandata a quest'ultima affinché, nel rispetto degli indirizzi e dei criteri indicati dalla sentenza, provveda nuovamente.

Non sembra quindi che possa rinvenirsi alcuna pretesa concretamente esigibile dai privati prima che siano state attuate le scelte organizzative a livello sia legislativo che amministrativo, le quali sono sindacabili avanti al giudice amministrativo. Questi potrà verificare il corretto esercizio della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione nel bilanciare le opposte esigenze di tutela della salute ed equilibrio di bilancio, eventualmente ricorrendo alla consulenza tecnica che, oggi, può essere esperita anche in sede di giurisdizione di sola legittimità, senza però sostituirsi all'amministrazione nelle sue scelte ma solo valutandone l'operato sotto il profilo della logicità, della ragionevolezza e della proporzionalità. Per fare un esempio, un conto è garantire la tutela dell'equilibrio economico finanziario cancellando un polo ambulatoriale, ciò che costringe l'utenza a spostarsi presso altri poli creando sì disagi ma senza incidere pesantemente sulla tutela della salute; altro conto è ottenere il medesimo risultato cancellando un presidio di pronto soccorso con la conseguenza che, in caso di incidente o malore in determinate zone, non possa essere garantito l'arrivo del soccorso medico in tempo utile.

Ove poi le scelte amministrative di organizzazione del servizio discendano da disposizioni di legge e ne costituiscano attuazione, occorrerà valutare la ragionevolezza di queste ultime e a tal fine potrà essere promosso il giudizio avanti la Corte Costituzionale.

Successivamente al momento della programmazione, le prestazioni individuate come erogabili diventano oggetto di una pretesa avente carattere di diritto soggettivo e le relative controversie non apparterranno più alla giurisdizione amministrativa ma a quella ordinaria, poiché il momento autoritativo in materia di pubblici servizi attiene alla loro organizzazione e la giurisdizione amministrativa in materia è limitata a tale fase, secondo l'insegnamento della sentenza di Corte Costituzionale n. 204/2004.

Resta da vedere se, tra gli interessi che vengono in rilievo nell'organizzazione del servizio sanitario, alcuno di essi e in particolare l'equilibrio della finanza pubblica rivesta carattere prioritario. La risposta naturalmente non può che essere affidata alla giurisprudenza e le sentenze più recenti sembrano orientate in tal senso. È però da chiedersi se l'articolo 32 della Costituzione che pure, si ripete, non fonda un'immediata pretesa all'erogazione di prestazioni sanitarie, tuttavia non esprima la tutela di un valore il quale si ponga quantomeno sullo stesso piano di quello alla tutela della finanza pubblica.

A questo proposito propongo alcune riflessioni conclusive.

Il principio di tutela della finanza pubblica si è particolarmente accentuato degli ultimi anni in virtù del recepimento di norme internazionali, in particolare del TFUE e del diritto comunitario derivato il quale riceve diretta attuazione nel nostro ordinamento. Vero è però che la Corte Costituzionale ha individuato un limite all'ingresso delle norme comunitarie, e di quelle internazionali in genere, costituito dal rispetto dei diritti costituzionali fondamentali: non può trovare attuazione nell'ordinamento una norma internazionale suscettibile di incidere su alcuno dei diritti fondamentali così come codificati nella Costituzione. Con recente sentenza 22 ottobre 2014, n. 238, ad esempio, ha ribadito che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute cui l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione, ed operano quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea (nel caso, si trattava del diritto di difesa in giudizio). Allora se l'ingresso del nostro ordinamento del principio

dell'equilibrio di bilancio avviene in virtù di disposizioni e principi internazionali, ebbene esso può essere attuato in tanto in quanto non ostacoli la piena attuazione di quelli che sono i diritti fondamentali, e in particolare quello alla salute. E se quest'ultimo, nella sua dimensione pretensiva, non dà luogo a pretese immediatamente azionabili in giudizio ma si atteggia come interesse legittimo al corretto esercizio del potere organizzatorio del servizio sanitario nazionale, è tuttavia da chiedersi se esso non sia equiordinato al principio del pareggio di bilancio, o addirittura non sia prevalente rispetto ad esso. Il principio del pareggio di bilancio ha infatti ricevuto particolare enfasi e rinforzo sulla scorta di disposizioni internazionali le quali, però, non possono obliterare o comunque superare i diritti fondamentali presenti nella nostra Carta Costituzionale della quale rappresentano parte intangibile. Se così fosse, allora leggi (statale o regionali) che apparissero troppo sbilanciate a favore del primo in danno dei secondi non potrebbero essere portate avanti alla Corte Costituzionale per effettuare tale verifica? Mi rendo conto che è una prospettiva nuova ed inesplorata, ma credo sia necessario rifletterci poiché mi sembra una prospettiva del prossimo futuro.