

Diritto alla salute e contenimento della finanza pubblica

di Antonio Brancasi

1.- Si può affermare che il diritto alla salute si atteggia in modo multiforme: è una situazione soggettiva di libertà, è diritto alla integrità fisica, ma non è soltanto questo. La corte costituzionale vi ha visto sia una dimensione sociale ed oggettiva (salute come interesse della collettività: non a caso la norma consente i trattamenti obbligatori) sia una dimensione individuale e soggettiva; a sua volta questa seconda dimensione è stata articolata in situazioni giuridiche soggettive diverse a seconda della natura e del tipo di protezione assicurata dall'ordinamento.

Ed infatti, "considerato sotto il profilo della difesa dell'integrità fisio-psichica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive dei terzi, il diritto alla salute è un diritto erga omnes, immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, direttamente tutelabile e azionabile dai soggetti legittimati nei confronti degli autori dei comportamenti illeciti" (così Corte cost. 1990 n. 455). E' su questa base che la Corte cost. ha riconosciuto la risarcibilità del danno biologico, interpretando alla luce dell'art 32 Cost. l'art 2043 in modo da dichiarare infondata la questione di costituzionalità della norma civilistica (sent. 1986 n. 184; ma analoga interpretazione ha riguardato anche l'art 2059 nelle sentt. 1979 n. 88 e 2003 n. 233).

Seguendo un ordine di idee soltanto in parte analogo venne dichiarata incostituzionale la disciplina della vaccinazione obbligatoria antipolio nella parte in cui "non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione" (sent. 1990 n. 307, ma anche sent. 1996 n. 118): in quella occasione la Corte giustificò l'indennizzo non con il generico dovere di aiutare chi si trova in difficoltà, bensì con l'obbligo di ripagare il sacrificio che taluno è costretto a subire a beneficio dell'intera collettività. L'ordine di idee di questa sentenza era soltanto in parte analogo a quella sul danno biologico, perché l'indennizzo venne giustificato non soltanto con l'obbligatorietà della vaccinazione ma anche con l'interesse pubblico alla salute collettiva che sta alla base di tale obbligo, per cui analoga indennità è stata poi riconosciuta nel caso di vaccinazione semplicemente incentivata (sent. 2012 n. 107) mentre è stata negata nel caso di contrazione di contagio a seguito di trattamenti di emodialisi che, pur indispensabili per la sopravvivenza dell'individuo, non sono rivolti a tutela la salute collettiva (sent. 2000 n. 226).

Nello stesso tempo, la Corte ha avuto modo di precisare che, considerato sotto il differente profilo dei trattamenti sanitari, il diritto alla salute costituisce principio etico-sociale "la cui attuazione può assumere modalità e misure in ordine alle quali il legislatore ha una ampia e libera facoltà di scelta" (sent. 1966 n. 81). Questa diversa dimensione del diritto alla salute comporta che, al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto ad ottenere trattamenti sanitari:

- (primo) è basato su norme costituzionali di carattere programmatico rivolte al legislatore ed impositive semplicemente di un determinato fine da raggiungere (sent. 1990 n. 455);
- (secondo) è un diritto garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione datagli dal legislatore ordinario attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto delle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento: quindi si tratta di diritto condizionato dall'organizzazione del servizio (sent. nn. 175 del 1982) e dalla limitatezza delle risorse finanziarie (sentt. 1999 n. 309 e 2011 n. 248);
- (terzo) questo bilanciamento è pur sempre soggetto al sindacato della Corte costituzionale nelle forme e nei modi in cui lo è la discrezionalità legislativa (sent. 1990 n. 445);
- (quarto) sebbene rispetto ai trattamenti sanitari il diritto alla salute sia condizionato, il suo riconoscimento non è affatto irrilevante perché ogni qual volta la legge non lasci alcuna discrezionalità alla amministrazione in ordine alla erogazione di determinate prestazioni è necessario riscontrare l'esistenza di un vero e proprio diritto a ricevere tali prestazioni senza si renda necessario distinguere l'interesse in funzione del quale l'attività dell'amministrazione è resa vincolata (Cass. SS.UU 1982 n. 6120)

E' su questa dimensione del diritto alla salute, cioè di un diritto condizionato (tra le altre cose) dalla disponibilità di risorse finanziarie, che le esigenze e le politiche di riduzione della spesa pubblica fanno sentire appieno i loro effetti: si tratta peraltro, come vedremo, di una dimensione che non è l'unica. Ad ogni modo, il concetto di diritto finanziariamente condizionato richiede alcune precisazioni sia in generale che relative al particolare diritto alle prestazioni sanitarie.

La precisazione relativa al nostro tema è che le prestazioni pubbliche oggetto del diritto alla salute non sempre comportano un aggravio di spesa pubblica: la norma costituzionale prescrive alla Repubblica di tutelare la salute, erogando evidentemente i servizi e le prestazioni a ciò necessarie, ma la gratuità delle cure è prescritta soltanto a favore degli indigenti, intendendo con ciò riferirsi ai medicalmente indigenti, cioè ad una qualità non apprezzabile in assoluto ma soltanto in relazione al costo delle specifiche cure necessarie. Questo non significa, logicamente, che sia liberamente disponibile la possibilità di limitare l'apporto della fiscalità generale alla spesa sanitaria. Infatti, contrasterebbe con il principio di eguaglianza prevedere che certe prestazioni siano rese esclusivamente a pagamento (principio ricavabile da Corte cost, sent. 1998 n.185 sul caso Di Bella, dove l'onerosità generalizzata riguardava i non ammessi alla sperimentazione): le cure agli indigenti devono essere necessariamente identiche a quelle rese a coloro che indigenti non sono e che se le pagano.

In secondo luogo, e questo è un principio molto meno scontato del precedente tanto da essere molto spesso disatteso, sarebbe una illegittima forma di prelievo far pagare ai non indigenti un prezzo superiore all'effettivo costo delle prestazioni ad essi fornite: i c.d. ticket sono infatti per l'ente pubblico entrate commutative, che trovano la loro legittimazione nei servizi resi dall'amministrazione, e si differenziano dalle entrate contributive, come le imposte, che sono sottoposte al regime dell'art 53 e che trovano la loro legittimazione nel principio di solidarietà che, in termini di doverosità, è caratteristica propria della cittadinanza. In altri termini, è a mio parere contrario alla Costituzione, specialmente in presenza di un diritto fondamentale quale quello in esame, finanziare le prestazioni agli indigenti facendole pagare, anche in minima parte, non a tutti coloro che indigenti non sono, ma soltanto a coloro che oltre ad essere tali fruiscono anche di prestazioni sanitarie; insomma la solidarietà richiesta dall'art 2 Cost. non può restare relegata soltanto ai non indigenti che siano essi stessi bisognosi di cure.

La precisazione di carattere generale è che le risorse finanziarie non sono di per sé un dato oggettivo ma semplicemente una variabile indipendente: certamente le risorse complessive sono limitate, potremmo dire, in natura, ma non è questa limitazione che nel nostro caso rileva, bensì quella derivante dal modo in cui le risorse complessive vengono distribuite tra impiego privato e pubblico nonché, nell'ambito delle risorse attribuite ai pubblici poteri, tra i vari interessi pubblici alla cui cura sono destinate. In altri termini, il problema non è se vi sono risorse da destinare alla sanità, bensì se vi è la volontà di dare alle risorse complessive una destinazione pubblica ed a queste una destinazione sanitaria.

2.- Il fatto che la limitatezza delle risorse dipenda dalla loro distribuzione suscita l'interrogativo dell'esistenza o meno di vincoli e condizionamenti in ordine a questa distribuzione. Certamente vi sono vincoli di natura economica (non foss'altro perché oltre una certa misura non è possibile sottrarre risorse alle attività creatrici di risorse) e vi sono vincoli sistemici di tipo istituzionale che generano a loro volta vincoli economici (la scelta costituzionale e comunitaria di una economia di mercato impedisce di sottrarre oltre misura risorse alla iniziativa privata). In questa sede interessa però l'eventuale esistenza di ben più specifici vincoli giuridici, cioè di vincoli relativi alla dimensione della sfera pubblica e delle risorse ad essa destinate.

Un tempo vincoli del genere non esistevano, sono stati introdotti progressivamente dall'ordinamento europeo fin dal trattato di Maastricht, sono stati recentemente aggravati a seguito della crisi finanziaria e dei debiti sovrani degli ultimi anni (six pack e dual pack) e (a seguito del fiscal compact) sono stati in parte recepiti nella nostra Costituzione mediante la riscrittura dell'art 81 e la modifica degli artt. 97 e 119. Ciò spiega come mai, a differenza di un tempo, la tematica dei

diritti sociali sia attualmente sempre più associata, nei convegni e dibattiti, a quella della finanza pubblica.

Si tratta comunque di vincoli non assoluti, nel senso che non è impedita l'espansione della spesa pubblica finanziata mediante corrispondente aumento della pressione fiscale, è semmai impedito soltanto utilizzare l'aumentato gettito delle imposte esistenti per espandere le spese in misura superiore all'incremento del PIL. Le vere e proprie limitazioni riguardano l'indebitamento e la necessità di destinare una consistente parte delle risorse alla estinzione del pregresso debito pubblico.

Le limitazioni all'indebitamento riguardano i disavanzi pubblici, che, in termini nominali, non possono superare il 3% del PIL, mentre, in termini strutturali, devono restare entro lo 0,5% del PIL, salvo quanto necessario a fronteggiare eventi eccezionali. Merita ricordare che, rispetto al limite strutturale, il disavanzo, cioè la differenza tra entrate e spese, è costruito senza tener conto degli effetti del ciclo economico, cioè sia degli effetti peggiorativi, in termini di minori entrate e maggiori spese dovute ad un tasso di sviluppo inferiore a quello potenziale, sia degli effetti migliorativi, in termini di maggiori entrate e minori spese dovute ad uno sviluppo superiore a quello potenziale. Queste regole europee sono state declinate dalla riforma costituzionale in limitazioni sia all'indebitamento dello Stato che a quello di Regioni ed EE.LL. Lo Stato può reperire risorse mediante la contrazione di debito pubblico esclusivamente in tre ipotesi:

- senza alcuna limitazione soltanto per estinguere il debito pubblico in scadenza e nella misura a ciò necessaria
- entro i due limiti, nominale e strutturale, del PIL,
- nonché per fronteggiare eventi eccezionali, a condizione vi sia l'autorizzazione delle Camere a maggioranza assoluta dei loro componenti.

Viceversa le Regioni e gli EE.LL possono contrarre debito soltanto per finanziare spese di investimento e con l'ulteriore vincolo di dover assicurare il pareggio su base regionale oppure di non superare l'ammontare di debito in scadenza.

Merita, infine, precisare che, siccome nelle prestazioni sanitarie la componente lavoro è particolarmente elevata, non sarebbe comunque pensabile provvedere al loro finanziamento mediante la contrazione di debito pubblico; tuttavia la limitata possibilità di indebitarsi non è irrilevante ai nostri fini, in quanto sottrae risorse a quella parte di spesa di investimento che riguarda anche la sanità e, in generale, costringe ad attingere alle entrate ordinarie per finanziare gli investimenti, sottraendo così risorse che potrebbero essere destinate al settore sanitario.

L'altro ordine di vincoli riguarda, come si diceva, la necessità di destinare una consistente parte delle risorse alla estinzione del debito pubblico esistente. Si tratta di un vincolo che è stato

introdotto nell'ordinamento europeo soltanto a seguito delle più recenti normative e che non è stato recepito nell'ordinamento nazionale in occasione della modifica dell'art 81. Il limite consiste nell'obbligo, per gli Stati come l'Italia che presentano un debito pubblico complessivo superiore al 60% del PIL, di provvedere alla sua riduzione in misura pari ad 1/20 l'anno. E' di tutta evidenza che una regola del genere ha l'effetto di "congelare" una ingente quantità di entrate ordinarie per la restituzione del debito, con l'esito di ridurre le risorse destinate alla sanità.

3.- A prescindere da tutti questi vincoli, la circostanza che a limitare le risorse, ed a rendere finanziariamente condizionati i diritti, sia comunque la loro distribuzione implica che l'effettiva garanzia di questi diritti, il loro diventare non più finanziariamente condizionati, consegue dall'esito del bilanciamento di contrapposti interessi effettuato dai pubblici poteri. Bilanciamento che, proprio con riguardo al diritto alla salute, deve caratterizzare anche la decisione circa eventuali prescrizioni da porre a carico dei privati: in questo senso si è pronunciata, ad esempio, la Corte costituzionale allorché, a proposito dell'ambito di applicazione dell'obbligo di eliminare le barriere architettoniche, ha riconosciuto che l'estensione di tale obbligo anche ai vecchi edifici è decisione riservata al legislatore che deve tener conto dei conseguenti oneri finanziari a carico dei privati (sent. 2008 n. 251).

A maggior ragione il bilanciamento dei vari interessi è l'ordine di idee che deve accompagnare le decisioni di impiego delle risorse pubbliche, dal momento che vi è una implicita competizione (gli economisti parlano, al riguardo, di rivalità) tra i diritti (nel senso che il riconoscimento dell'uno pregiudica quello dell'altro), che esse consentirebbero di assicurare, e tra questi e gli altri innumerevoli interessi pubblici, che con tali risorse potrebbero essere soddisfatti. Al riguardo, si possono immaginare tre diversi esiti di un bilanciamento del genere.

- Un primo esito può essere di segno negativo, nel senso che il diritto preso in considerazione resta finanziariamente condizionato in quanto il bilanciamento non si è concluso e rimane completamente irrisolta la competizione di quel diritto con gli altri e con la generalità degli interessi pubblici: evidentemente, in questo caso è demandato alla amministrazione il compito di operare questo bilanciamento.
- Un secondo esito può essere di segno soltanto parzialmente positivo, ne è un esempio la legge che la Corte cost. dichiarò conforme all'art 32 con la sentenza 1990 n. 445: si trattava di una legge che stabiliva un tetto alla spesa relative al ricovero nelle case di riposo di anziani non autosufficienti. In questa, ed in analoghe ipotesi, la legge ha certamente risolto la competizione del diritto in questione con gli altri diritti ed interessi pubblici, in quanto ha comunque riservato ad esso una parte di risorse per garantirlo, ma non ha risolto la

competizione tra coloro che aspirano a fruire del servizio, cosicché per i singoli il diritto continua a rimanere finanziariamente condizionato, quanto meno dalla circostanza che il numero degli aspiranti sia sufficientemente limitato da poter accogliere tutti nelle case di riposo. Anche in questo caso, come nel precedente, il bilanciamento dovrà essere completato dalla amministrazione ed avrà ad oggetto, questa volta, la posizione dei singoli.

- Un terzo esito può essere il riconoscimento di una posizione, non più finanziariamente condizionata, di pieno diritto. Il bilanciamento, in questo caso, non soltanto ha risolto, a favore del diritto in questione, la rivalità con gli altri diritti ed interessi pubblici, ma ha anche rimosso ogni rivalità tra i singoli aspiranti fruitori delle prestazioni che ne costituiscono l'oggetto. E' al riguardo significativa la disciplina legislativa degli indennizzi a seguito di contagio contratto in occasione di prestazioni sanitarie: la l. 1992 n. 210 e successive modifiche stabilisce che, ad esempio, a chi contrae infezioni da HIV a seguito di somministrazione di sangue e suoi derivati è dovuto un indennizzo alle condizioni, nei modi e nell'entità stabiliti dalla legge stessa. Una norma del genere esaurisce ogni bilanciamento, eliminando ogni concorrenza di questo diritto con altri diritti ed interessi pubblici e di ciascuno dei relativi titolari rispetto ad altri soggetti che ne siano anch'essi titolari: in definitiva a tutti coloro che si trovino nelle condizioni previste dalla norma dovrà essere corrisposto l'indennizzo e ciò indipendentemente dal loro numero e dalla spesa che l'amministrazione sarà costretta a sborsare.

In realtà, questa ricostruzione del terzo tipo di esiti, a cui può dar luogo il bilanciamento di interessi, richiede qualche correzione alla luce della disciplina dei conseguenti profili finanziari. Una legge del tipo di quella richiamata richiede che sia indicato il modo in cui far fronte alla relativa spesa (cioè la copertura finanziaria) e per fare ciò deve, ancor prima, contenere una quantificazione di tale spesa. Un tempo a questa quantificazione veniva riconosciuta una funzione meramente previsionale, cosicché l'effettiva entità complessiva della spesa continuava a dipendere dalla applicazione della disposizione sostanziale relativa all'importo dell'indennizzo ed alle condizioni richieste per ottenerlo. Ciò non significava certo che fosse irrilevante la correttezza di questa previsione: la Corte costituzionale affermava la propria competenza a sindacare l'attendibilità della copertura ed a tal fine considerava rilevante non la corrispondenza della spesa effettiva a quella prevista, quanto piuttosto la ragionevolezza della previsione, la circostanza cioè che non fosse talmente sottostimata da configurarsi elusiva dell'obbligo costituzionale. In base a tutto ciò, si poteva, un tempo, spiegare nei termini che si sono detti questa terza tipologia di esiti del bilanciamento degli interessi.

Oggi non è più possibile affermare, o almeno non è possibile farlo in termini così netti, che uno dei possibili esiti del bilanciamento degli interessi da parte del legislatore sia il riconoscimento di posizioni, non più finanziariamente condizionate, di pieno diritto. La legge che disciplina la contabilità e finanza pubblica (l. 2009 n. 196), all'art 17 (ma la norma risale al d.l. 2002 n. 194) stabilisce che "le disposizioni che comportano nuove o maggiori spese hanno effetto entro i limiti della spesa espressamente autorizzata nei relativi provvedimenti legislativi": in altri termini, la quantificazione della spesa, richiesta a tutte le leggi che devono indicare la copertura finanziaria, non può mai consistere in una mera previsione, ma ha sempre il significato di tetto alla spesa alla stregua di quanto detto a proposito delle leggi del secondo tipo. La norma della legge di contabilità e finanza pubblica continua stabilendo che con decreto dirigenziale del MEF, da pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale, "è accertato l'avvenuto raggiungimento dei predetti limiti di spesa" e che le disposizioni comportanti le spese "cessano di avere efficacia a decorrere dalla data di pubblicazione del decreto". Affinché tutto ciò non accada, ed i diritti finanziariamente condizionati non siano inevitabilmente destinati a restare tali, è necessario che il legislatore abbia avuto l'accortezza di inserire una clausola di salvaguardia per l'ipotesi in cui la somma delle singole prestazioni ecceda la previsione di spesa: clausola di salvaguardia che opera automaticamente, in termini o riduttivi o compensativi (con l'aumento di determinate entrate o la riduzione di altre spese) della maggiore spesa, e dalla cui previsione e dal cui contenuto viene in realtà a dipendere il fatto che i diritti continuino o meno ad essere ancora finanziariamente condizionati.

4.- Questi tre possibili esiti del bilanciamento effettuato dal legislatore hanno una valenza generale, costituiscono cioè una chiave di lettura applicabile indistintamente a tutti i diritti costituzionali che richiedano prestazioni da parte dell'amministrazione; nel caso delle prestazioni sanitarie vi sono però alcune peculiarità di cui è necessario tener conto.

Innanzitutto, il finanziamento delle prestazioni confluisce nella questione del finanziamento delle Regioni e, da parte di queste, delle ASL; per cui le problematiche, almeno a livello nazionale, sono abbastanza diverse e ben più complesse di quelle della copertura finanziaria della specifica legge. Ed infatti il bilanciamento non può tener conto, come richiesto dall'obbligo della copertura finanziaria stabilito dall'art 81, delle risorse che è possibile destinare al finanziamento delle prestazioni, ma può soltanto tener conto delle risorse già nella disponibilità delle Regioni in base al sistema di autonomia finanziaria loro riconosciuto dall'art 119 Cost. Inoltre questo bilanciamento, se per alcune specifiche prestazioni è effettuato dal legislatore, in via generale si ritrova nel DPCM

di determinazione dei LEA (DPCM 29 novembre 2001 recepito poi in legge dall'art 54 della l. 2002 n. 289) e nei decreti a cui spesso è fatto rinvio: atti quindi che non sono in grado di disporre alcunché in ordine alle risorse sia delle Regioni che delle istituzioni preposte a fornire le prestazioni.

In secondo luogo, è il modo in cui sono stati, in concreto, definiti i LEA a rendere abbastanza particolare l'esito di questo bilanciamento, in quanto, soltanto per alcuni tipi di prestazioni, la posizione giuridica è effettivamente trasformata in diritto non più finanziariamente condizionato: si pensi all'assistenza farmaceutica, in ordine alla quale sono indicati in appositi elenchi, e distinti per differenti categorie, i farmaci erogabili e le condizioni di erogazione; che poi si tratti di diritti soggettivi non più condizionati è confermato da quella giurisprudenza che ha ritenuto contraria ai LEA la fissazione, a ciascun professionista, di budget di spesa in modo da contingentare le prescrizioni di medicinali ed analisi (TAR Napoli sez I 2007 n. 8752). Viceversa, nella generalità dei casi, i livelli di assistenza, declinati in termini di tipologie di attività (si veda il settore dell'igiene e sanità pubblica) o di assetto organizzativo (si vedano le prestazioni di ricovero diurno per le quali è specificata soltanto la dotazione media regionale), non riescono a definire puntualmente le specifiche e singole prestazioni da fornire all'utente, precludendo così l'azionabilità di veri e propri diritti.

Nel contempo, molto spesso restano alla amministrazione ed agli stessi presidi sanitari ampi poteri di discrezionalità organizzativa relativa al servizio o di discrezionalità tecnica circa il tipo di terapie (si pensi alle prestazioni erogate nel corso di ricovero ospedaliero per i quali valgono entrambi i tipi di discrezionalità). I due tipi di discrezionalità, lasciati all'amministrazione, si prestano ad essere valutati diversamente. La discrezionalità organizzativa consegue da un bilanciamento rimasto incompleto ed è destinata a completarlo mediante una considerazione più precisa delle risorse disponibili (merita ricordare che Cons. Stato sez V 2007 n.6828 ha negato la legittimazione ad agire di alcuni Comuni contro il provvedimento di accorpamento di presidi ospedalieri). Viceversa la discrezionalità tecnica relativa alle pratiche terapeutiche occupa l'area di ciò che è tendenzialmente sottratto al bilanciamento perché non è, di norma, il legislatore a poterle stabilire direttamente e specificamente; per quanto ciò non significhi esclusione di ogni possibile intervento del legislatore, resta il fatto che "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica (*né da un bilanciamento che tenga conto della limitatezza delle risorse*), bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite" (Corte cost. sent. 2002 n. 282; però, nel caso "Stamina", la sent. 2014 n. 274, salvando il relativo decreto legge, ha consentito, in attesa dell'esito della

sperimentazione, di continuare le terapie già iniziate soltanto "nell'ambito delle risorse finanziarie disponibili secondo la normativa vigente").

5.- Ma vi è anche un'altra dimensione dei diritti sociali, ed in particolare del diritto a fruire delle prestazioni sanitarie; una dimensione ben diversa da quella fin qui descritta perché, essendo basata sulla diretta applicazione dell'art 32, abbandona la categoria dei diritti finanziariamente condizionati e l'idea che la loro garanzia sia sempre riposta nelle scelte del legislatore e nelle decisioni organizzative dell'amministrazione. Secondo questa diversa ricostruzione il diritto discende direttamente dall'art 32 che è espressivo del bilanciamento degli interessi effettuato dal Costituente e che ha risolto una volta per tutte la competizione dello specifico diritto con gli altri diritti ed interessi costituzionalmente riconosciuti. D'altra parte non varrebbe obiettare che, a seguito della riforma costituzionale intitolata alla introduzione del principio del pareggio del bilancio (che poi tanto pareggio non lo è affatto), il diritto alla salute, con tutti i suoi corollari in termini di prestazioni da fornire alla popolazione, è riconosciuto dalla Costituzione nei limiti in cui non pregiudichi tale principio: in realtà il pareggio di bilancio (in qualsiasi modo lo si intenda) è comunque un saldo differenziale tra il totale delle entrate ed il totale delle spese, per cui non è possibile addebitarne l'eventuale alterazione a determinati tipi di spese e certamente non è possibile addebitarne l'alterazione a spese rese doverose da specifiche norme costituzionali ancor prima di imputare tale alterazione a spese prive di analoga doverosità o alla scelta di non accrescere la pressione fiscale.

Questa dimensione del diritto alla salute la si ritrova affermata, pur con accentuazioni differenti, in una consistente parte della giurisprudenza costituzionale. Oltre alle pronunzie che abbiamo già avuto modo di richiamare, merita ricordare la sentenza che in maniera più netta e radicale è espressiva di questo indirizzo. Si tratta della sent. 1988 n. 992 che, proprio facendo diretta applicazione dell'art. 32, riconobbe la necessità della assunzione a carico del SSN (con conseguente ristoro delle spese sostenute dal privato) di prestazioni di diagnostica sperimentale ad alto costo effettuate da strutture private non convenzionate, qualora queste strutture fossero le uniche detentrici delle relative apparecchiature.

Questo indirizzo fu poi abbandonato, nei primi anni 90', da una serie di sentenze che riproposero l'idea del diritto finanziariamente condizionato e dell'indispensabile intervento del legislatore e della impossibilità di azionare direttamente la norma costituzionale: si tratta della sent. 1990 n. 455 già citata, nonché delle sentt. 1990 n. 396, 1991 n. 40 e 1992 n. 19 e 247.

Successivamente, la Corte, pur attestandosi sull'idea che il diritto alle prestazioni sanitarie richiede di essere garantito dall'intervento del legislatore ordinario a cui compete il necessario bilanciamento di interessi, ha attenuato questa posizione mediante la prospettazione di un non

comprimibile "nucleo essenziale del diritto alla salute" (sent. 1994 n. 304) che sarebbe tutelato direttamente dalla norma costituzionale (e che sarebbe riconosciuto anche allo straniero indipendentemente dalla regolarità del suo soggiorno: sent. 2001 n. 252) : nel suo ragionamento, la Corte riscontra un uso irragionevole della discrezionalità del legislatore nel caso in cui sia appunto intaccato il nucleo essenziale del diritto (situazione che peraltro la Corte, nel caso di specie, non riscontrò) . Questo orientamento, meno radicale che tuttavia ammette, limitatamente a quanto indispensabile, una tutela diretta da parte dell'art 32, è stato seguito da diverse pronunzie. Basti ricordare: il riconoscimento del diritto a ricorrere "a forme di assistenza indiretta nelle ipotesi in cui le strutture del servizio sanitario - incluse quelle convenzionate ed oggi quelle accreditate - non fossero in grado di assicurare un tempestivo intervento sanitario, reso peraltro indifferibile dalle condizioni di salute della persona bisognosa di prestazioni di cura" (sentt., 1998 n. 267 e 2000 n. 509); il riconoscimento del diritto a cure gratuite del cittadino che, in disagiate condizioni economiche, si rechi all'estero per motivi anche diversi dal lavoro o dalla fruizione di borse di studio (sent. 1999 n. 309).

La diretta azionabilità dell'art 32 in ordine alla fruizione di prestazioni sanitarie è stata riconosciuta anche dal giudice ordinario. Si può ricordare la risalente pronunzia della Cassazione SS.UU 1985 n. 1504 che, in ordine alla assistenza farmaceutica, ha affermato la natura tecnica della determinazione delle prestazioni erogabili, riconoscendone così l'assoggettabilità a sindacato giurisdizionale che può disapplicare il provvedimento dell'amministrazione nei casi in cui sia accertata l'inadeguatezza delle prestazioni erogate e la necessità di quelle non riconosciute: la conclusione tratta dalla Corte è nel senso del riconoscimento del diritto al rimborso delle spese sostenute per l'acquisto dei medicinali non forniti dal SSN. Nello stesso ordine di idee il riconoscimento del diritto al rimborso delle spese sostenute presso strutture non convenzionate nel caso in cui le prestazioni fornite dal SSN non siano accessibili in tempi compatibili con le situazioni di urgenza richieste dalla specifica patologia (Cass, SS.UU 1990 n. 12218); nonché il diritto al rimborso delle spese relative a ricoveri ospedalieri all'estero per cure, non praticate in strutture nazionali, di tipo palliativo ovvero finalizzate ad arrestare un grave decorso della malattia oppure (Cass. sez III 2010 n. 9318 e Cass. sez III 2007 n. 11462); oppure, ancora, il diritto al rimborso delle spese per cure ricevute all'estero senza preventiva autorizzazione, nel caso di urgente necessità (Cass. SS.UU 1997 n. 5297) o non fruibili tempestivamente in Italia (Cass. SS.UU 1999 n. 837) .

Questo fenomeno, di tutela del diritto alle prestazioni sanitarie mediante la diretta applicazione delle norme costituzionali, non ha interessato, per lungo tempo, il GA, in quanto la proclamazione di una situazione di diritto soggettivo e la negazione dell'esistenza di un potere

dell'amministrazione conduceva inevitabilmente a riconoscere la giurisdizione del GO (così fin da Cass SS.UU 1979 n. 5172, ma per una approfondita ricostruzione della questione Cass, SS.UU 1992 n. 2092). Successivamente vi è stato però l'ampliamento della giurisdizione esclusiva che ha consentito al GA di conoscere anche della violazione di diritti costituzionali e, nel fare ciò, gli ha talvolta permesso di applicare direttamente le norme costituzionali. A titolo esemplificativo e con riguardo al diritto a fruire di prestazioni sanitarie, si possono ricordare due pronunzie. Quella del Cons. Stato sez V 2011 n. 1607 che afferma che l'esistenza di soggetti obbligati agli alimenti non può avere alcun rilievo ai fini della ammissione ad una RSA. La ben nota pronunzia del TAR Lombardia-Milano sez III 2009 n. 214 che ha chiuso il caso Englado: come è noto la Cassazione e la Corte di appello avevano riconosciuto il diritto alla sospensione del sostegno vitale e si trattava di ottenere assistenza alla attuazione di tale sospensione; l'amministrazione si rifiutava di mettere a disposizione le strutture sanitarie eccependo di poterle destinare esclusivamente alle prestazioni di cura; il TAR, facendo diretta applicazione dell'art 32, annulla il provvedimento regionale di diniego ed ordina alla Direzione regionale di provvedere al ricovero finalizzato a tale assistenza, indicando la struttura sanitaria a ciò idonea.

Dalla diretta azionabilità dell'art 32 consegue la delimitazione della discrezionalità che residua all'amministrazione a seguito del bilanciamento rimasto incompleto. Il caso Englado è, al riguardo, significativo: per il TAR Lombardia il diniego dell'amministrazione regionale, quale atto del "soggetto titolare della funzione amministrativa di organizzazione del servizio", "si inserisce in una fase del rapporto amministrativo attinente al momento prettamente organizzativo del servizio pubblico, concretantesi nello svolgimento del potere ad esso assegnato". In altri termini, per il TAR la decisione regionale è esercizio di discrezionalità organizzativa riservata alla amministrazione, ma ciò nonostante questo potere dell'amministrazione recede di fronte al diritto riconosciuto dall'art 32 perché il suo esercizio trova nella tutela di tale diritto il suo limite esterno: si tratta, appunto di un potere (se ancora possiamo così chiamarlo) il cui esercizio deve restare entro i confini tratteggiati dal diritto costituzionale alla salute.

6.- L'applicazione diretta dell'art 32 da parte dei giudici presenta rilevanti differenze a seconda si tratti del giudice costituzionale oppure di quello ordinario e amministrativo. Nel caso della Corte costituzionale le decisioni che interessano sono le additive di prestazioni che dichiarano l'illegittimità della legge nella parte in cui non riconosce il diritto ad una determinata prestazione: esse presentano quindi una efficacia erga omnes in quanto aggiungono all'ordinamento la disposizione omissa dal legislatore; inoltre richiedono sempre l'intermediazione di una legge sia perché espressive di un giudizio di impugnazione sia perché il loro dispositivo ha comunque

l'effetto di integrare la legge impugnata. Si può quindi concludere che l'applicazione diretta dell'art 32 da parte del giudice costituzionale non smentisce l'idea che, per far valere il diritto ad ottenere prestazioni sanitarie, non sia possibile azionare direttamente la norma costituzionale: le prestazioni devono essere comunque assicurate dalla legge ed il ricorso alla Corte serve a far sì la legge le assicuri.

Anche l'applicazione diretta dell'art 32 da parte del giudice ordinario e di quello amministrativo avviene mediante l'intermediazione della legge ogni qual volta la norma costituzionale è utilizzata per interpretare la specifica disciplina legislativa in senso espansivo delle prestazioni sanitarie dovute dal SSN. E' ad esempio il caso della pronuncia già citata della Cassazione che riconosceva il diritto al rimborso delle spese sostenute presso strutture non convenzionate (Cass, SS.UU 1990 n. 12218; ma anche Cass. SS.UU 2001 n. 2444): la Corte pervenne a tale conclusione mediante l'interpretazione adeguatrice della disciplina legislativa relativa all'accesso alle strutture convenzionate. Una interpretazione adeguatrice della disciplina è alla base anche della già citata sentenza sui requisiti di ammissione alla RSA (Cons. Stato sez V 2011 n. 1607): in questo caso il giudice restringe il rilievo dato dalla disciplina della materia alla eventuale esistenza di soggetti tenuti agli alimenti e vi vede un semplice criterio di riparto della retta e non di ammissione alle strutture.

Non sempre però, a differenza di quanto avviene necessariamente nel caso della Corte costituzionale, l'applicazione diretta della norma costituzionale da parte del giudice è intermediata dalla disciplina legislativa. Il diritto al rimborso delle spese ospedaliere sostenute all'estero per fruire di tecniche terapeutiche non praticate in Italia è fatto discendere direttamente dall'art 32 (Cass. SS.UU 2001 n. 10965). Nel caso Englado (TAR Lombardia-Milano sez III 2009 n. 214) il giudice colma un vuoto normativo presente nella disciplina del SSN, che non prevede tra le attività delle strutture sanitarie quella di apprestare assistenza alla sospensione di cure mediche, e questo vuoto lo colma con l'art 32 dal quale fa discendere la doverosità di prestazioni ulteriori a quelle previste dalla disciplina del SSN. In casi di questo genere non soltanto vi è la diretta applicazione della norma costituzionale da parte del giudice, ma questa risulta anche direttamente azionabile giacché il diritto ad ottenere determinate prestazioni viene rivendicato esclusivamente sulla base della norma costituzionale.

Allorché il riconoscimento di certe prestazioni è intermediato dalla legge ad opera del giudice, che aggiunge ad essa tale riconoscimento oppure la interpreta in modo da ricomprendere tale riconoscimento, vi è un ampliamento delle prestazioni che il SSN è tenuto a fornire in base alla disciplina vigente; ampliamento a cui il legislatore originariamente non aveva pensato nel quantificare e coprire la spesa necessaria ad assicurare le prestazioni che andava a disciplinare. Ciò

può dar luogo a conseguenze che invece non ricorrono allorché manchi la intermediazione della legge nella diretta applicazione della norma costituzionale: infatti, le maggiori prestazioni, dovute in base alla legge che è stata integrata dalla Corte costituzionale o interpretata dagli altri giudici, sono destinate a togliere risorse alle prestazioni già originariamente previste da tale legge, oppure a far scattare la clausola di salvaguardia da essa prevista. In altri termini, le regole finanziarie di cui si è parlato, che rendono in varia misura finanziariamente condizionato il diritto alla salute anche dopo l'intervento del legislatore, possono sortire l'effetto di generare una contrapposizione tra diversi aspetti del diritto alla salute, facendo pagare, a chi intende fruire del diritto alle prestazioni già riconosciute dalla disciplina del SSN, il costo dei diritti riconosciuti dai giudici applicando l'art 32.

Firenze 13 gennaio 2016