IL DIRITTO ALLA SANITA': PROBLEMATICHE ATTUALI

(Napoli 9 e 10 maggio 2019)

LA QUESTIONE DEI DIRITTI ACCESSORI

Ferdinando Pinto

1. Mi sono domandato, a lungo, quale impronta dare al tema che mi è stato assegnato.

Non credo, infatti, che siamo qui solo per un esame delle più recenti tendenze della giurisprudenza in tema di sanità, che pure alla fine farò, o, almeno, non credo che siamo qui solo per questo.

Credo che sia utile, a tutti noi, fare qualche riflessione più generale sulla funzione del giudice quando affronta un tema così centrale nella vita di tutti noi e, in definitiva, della stessa essenza dello stato moderno. Queste riflessioni - di cui sono evidentemente unico responsabile - mi sembrano particolarmente necessarie, perché la materia di cui ci occupiamo oggi può rappresentare una sorta di finestra di come l'avvocato vede oggi il mestiere del giudice. Allo stesso tempo, diviene per l'avvocato il momento per meglio comprendere il proprio ruolo, in una sorta di autocoscienza collettiva in cui giudice e avvocato partecipano all'antico rito di rendere giustizia.

Rendere giustizia, non applicare il diritto.

Le parole pesano e non sono usate a caso.

Nel chiuso della camera di consiglio, sollecitato da istanze che, sempre più, cercano di trascinare nelle aule giudiziarie conflitti, che forse andrebbero risolti altrove, il giudice appare oggi sempre più tentato dall'assumere il ruolo di chi fa giustizia, di chi risponde, cioè, a bisogni sostanziali, sentendo di incarnare - e forse è - l'espressione di un potere legittimato direttamente dalla legge - e dunque, con qualche semplificazione, direttamente dal popolo - nel momento in cui gli ha attribuito la funzione.

Centrale diviene allora la funzione, come legittimazione astratta, e non la regola che si è chiamati ad applicare.

La chiave di lettura per rispondere ai problemi che il giudice deve affrontare, quando gli vengono posti i problemi dei deboli - come spesso accade per i temi della salute e, più in generale, della sicurezza sociale - diviene, allora, la risposta sostanziale ai bisogni concreti che gli vengono posti innanzi: Di qui la convinzione, più o meno consapevolmente sentita e più o meno effettivamente partecipata, di fare soprattutto giustizia in senso sostanziale.

Credo che sia venuto il tempo di prendere atto di questo e di cambiare il nostro stesso modo, come operatori del diritto, di avvicinarci alle norme.

Il tema è antico e ha agitato il dibattito culturale dello scorso secolo. Oggi, sembra quasi sparito, ma viene il dubbio che, forse, la sua sparizione sia dovuta proprio al fatto che ormai abbia prevalso, su ogni altra, quell'idea di giustizia come aspirazione di una società che, concretamente, risponde ai bisogni e come ogni altra strada appaia un po' retrò, figlia di un mondo antico che persiste solo nel ricordo dei più anziani tra noi.

Manca evidentemente il tempo per approfondire quello che sto dicendo, ma credo che sia sotto gli occhi di tutti quanto - rispetto alla complessità moderna - sia stato semplice quel secolo breve che da poco - e sembra invece tanto - è scomparso. Quanto, cioè, sia stato facile adagiarsi e legarsi a certezze che, all'epoca, apparivano, inevitabilmente, moderne.

La costruzioni delle fonti kelseniana era, in definitiva,lineare nella sua costruzione e facile nella sua percezione: "la giustizia è principalmente una possibile (ma non necessaria) qualità di un ordinamento sociale che regoli le relazioni reciproche tra gli uomini. Essa è, soltanto subordinatamente, anche una virtù dell'uomo: un uomo è giusto, infatti, se il suo comportamento si conforma alle norme di un ordinamento sociale che si ritiene essere giusto".
E' sufficiente per un uomo - e il giudice è tale - che voglia essere considerato giusto e che voglia adottare atti giusti conformarsi alla norma.
Assunto chiaro e, in definitiva salvifico, in cui la norma, per come gli uomini l'hanno scritta, diviene il fondamento dell'azione e esaurisce in sé qualsiasi altra pulsione. Ma cosa accade se la norma non consente l'assistenza alle famiglie con figli che hanno bisogno del sostegno scolastico? se l'applicazione dei tetti di spesa fa chiudere ospedali e strutture dell'assistenza? se il trasporto sanitario non è assistenza all'ammalato, ma solo uno dei tanti aspetti del libero mercato?

2. Già nei manuali di alcuni decenni fa si ritrovava una figura che, da giovane studente, condizionato al sistema crisafulliano delle fonti, stentavo a comprendere e che

- in qualche modo - ho imparato ad apprezzare, nella sua problematicità, solo in seguito.
Era, ed è, la figura dell'ingiustizia manifesta, limite estremo dell'eccesso di potere, e limite ultimo del sindacato del giudice il quale la sanziona «quando l'atto sia talmente iniquo da risolversi in un insanabile contrasto con i principi dell'equità e del diritto". Figura, allora talmente controversa che vi era chi ne criticava l'eccessivo utilizzo (Bassi) e chi invece la riteneva un mero esercizio accademico (Cerulli Irelli) Era quella una generazione in cui l'istituto non poteva essere compreso perché, si sciveva, "verificare se la scelta dell'amministrazione sia giusta o ingiusta è un'operazione che si pone ai confini del giudizio di merito" (Villata). Questo non era il compito né del giudice, né dell'avvocato, che restavano lontani dalla giustizia nella sua accezione di provvedimento singolare, ancorati come erano, e in parte sono ancora, forse giustamente, solo alla norma, come idea generale, e non alla giustizia, come pratica concreta.

Non si vuole - è bene subito dirlo - con questo tornare all'esaltazione di Schmitt dei *Dialoghi sul Potere* e all'idea di un potere che è al di là della norma, né all'idea della necessità come fonte autonoma del diritto che fu di Carlo Esposito, e meno che mai tornare all'antico conflitto tra Atene e Gerusalemme, ma solo sottolineare il problema di un giudice che, quando discute e giudica dei grandi temi che direttamente impattano sulla vita di ciascuno di noi, e quello della salute è forse il primo, resta sostanzialmente solo, privo di certezze e chiamato, comunque, a rendere un provvedimento che egli sa che sarà, nell'epoca che viviamo, letto solo in chiave di giustizia, in cui "non c'è nulla che sia più ingiusto quanto far parti uguali fra disuguali" (Lorenzo Milani). Affermazione questa agli antipodi dell'eguaglianza forme alla legge e al sui dettato.

Il giudice oggi è solo, del tutto privo dei punti di riferimento che aveva in passato e lo è anche se volesse utilizzare le vecchie armi dell'interpretazione sistematica. Ad una struttura piramidale delle fonti, e delle sue certezze, si è sostituito, infatti, un modello "a rete " o dell'"arcipelago", caratterizzati da un "policentrismo normativo]" il cui effetto è - come qualcuno ha efficacemente sottolineato - il "disordine delle fonti".

Anche se volesse tornare indietro, insomma, il giudice non lo potrebbe fare.

Logicamente anche la dottrina ci ha messo del suo nella costruzione dell'amministrazione per risultati (Immordino, Police) seguita, nell'esaltazione dei principi come l'efficienza, la produttività, e lo sviluppo, intesi quali nuovi principi, espressione di una moderna visione della pubblica amministrazione (Cons. St. sez cons. 9 giugno 2009 n. 19439). Ancora una volta, analizzare il risultato si traduce nello spostare l'attenzione del giudizio sui temi di ciò che è giusto - seppur nascosto dietro i concetti tradizionali dell'efficienza e del buon andamento - non di ciò che è legale.

3. Quanto si è appena detto - con tutte le approssimazioni dovute alla brevità - presenta un ulteriore corollario che diviene anche esso fondamentale per comprendere l'approccio al tema della sanità e delle tutele del cittadino, espressione, peraltro, questa che, già di per sé, rappresenta una scelta di campo nella identificazione del focus. L'ulteriore corollario è la centralità del fatto, poiché è nel fatto che emerge l'oggetto sostanziale delle tutele.

Quando buona parte di noi hanno iniziato gli studi giuridici esisteva un'idea quasi sacrale del diritto. Il diritto si sintetizzava in una regola, generale ed astratta, che si applicava al caso concreto. Il fatto veniva sempre dopo la regola ed era condizionato dalla regola,come si è detto generale e astratta, di cui semplicemente costituiva - questa era l'illusione tipica della cultura illuminista - il prodotto.
Ovviamente tutto questo era una illusione, e già uno straordinario giurista come Santi Romano - forse uno dei più moderni presidente del Consiglio di Stato - aveva intuito come l'ordinamento giuridico producesse, nello stesso tempo in cui viene ad esistenza, la norma, che non è un prima, ma è la condizione stessa del sistema delle regole. Il fatto produce la regola di condotta (è Costantino Mortati a teorizzarlo, già nel 1940 a Napoli, dove insegnava,) nella misura in cui presuppone l'aderenza a valori sentiti da condividere, da coloro che ne sono i destinatari, ma che, appunto per questo, ne divengono allo stesso tempo i protagonisti.
Una norma è tale solo se e in quanto percepita coma giusta e, come tale, adempiuta.

Ancora una volta il dilemma, tra fatto e norma, è dilemma antico.
Già nella costituzione repubblica del 1948 la modernità si esprime - al suo livello forse più alto - nell'apparente contrasto, ma, in realtà, nella sua aspirazione alla sintesi, tra i principi della eguaglianza formale e della eguaglianza sostanziale contenuti nel suo art. 3.
Nuovamente, all'attenzione del legislatore torna l'idea che si debba realizzare non qualcosa di astrattamente corretto, ma qualcosa di concretamente giusto, come riassumeva Calamandrei quando, commentando l'introduzione dei diritti sociali nella carta costituzionale, affermava: «Questa Costituzione è il punto di partenza di una rivoluzione che si mette in cammino».

4. Soprattutto, il prorompere della centralità del fatto, come momento imprescindibile della regolamentazione, e dunque anche del processo amministrativo, è facilmente verificabile nella attuale evoluzione dei moderni sistemi di comunicazione e di come, soprattutto, la percezione del fatto sia, oggi, immediatamente collegata a ciò che è, nello stesso istante in cui si verifica.
L'identità tra il fatto e la sua percezione, senza la mediazione del tempo necessario alla sua metabolizzazione, modifica la stessa possibilità di costruire la regola di condotta in quanto la regola si sintetizza nel fatto e come tale è percepita dall'operatore del diritto.

Un esempio può farse servire per comprendere meglio l'assunto.
In passato, il rapporto tra dottrina e giurisprudenza - per usare terminologie che, ancora una volta, risentono di tutta l'approssimazione della brevità - era - grosso modo e in linea di massima - un rapporto in cui la prima precedeva o almeno era in contemporanea alla seconda. Oggi il rapporto si è sostanzialmente invertito e la teorizzazione quasi sempre segue la disciplina del caso concreto, giurisprudenziale appunto.
La regola sul fatto e del fatto precede la regola di diritto

Di qui una centralità del giudice che in passato neppure esisteva - o almeno non nei termini attuali - e la sua funzione - definita - con termine oscuro come in tutti i rituali - nomopoietica.
Certe variazione - anche repentine della giurisprudenza - che spesso suscitano sconcerto e meraviglia sono solo figlie di questo nuovo ruolo del giudice, nella misura in cui i fatti, e le regole, (ritenute) giuste che ne conseguono, sono destinate continuamente a cambiare e a prodursi sempre in maniera diversa, poiché il fatto non si ripete mai esattamente eguale al precedente.

Qui peraltro si realizza il paradosso di un giudice, a cui si chiede giustizia, ma che è allo stesso tempo travolto dalla polemica sulle classi dirigenti, figlia del nostro tempo. In passato, le classi dirigenti formavano ed erano motori di una realtà che trasformavano o aspiravano a trasformare; oggi sono tali se adeguatamente si limitano a rappresentarla. Di qui un giudice che è immediatamente, a sua volta, giudicato nella espressione della sua funzione e della conformità del suo operato alla giustizia , concreta e sostanziale, che con esso si esprime, fino ad arrivare all'assurdo di proporre non l'aumento delle tutele che nel giudice si incarnano - e dunque la giustizia di cui è portatore - ma addirittura la sua abolizione.

Il punto vero è che l'evoluzione della posizione del giudice come portatore di giustizia - e paradossalmente della sua solitudine a cui ha accennato di recente Giuliano Amato - mentre è esperienza comune nei sistemi di common law, è assai più recente nei sistemi di civil law e, in particolare, nel nostro in cui la giurisprudenza amministrativa quando, per esempio, è chiamata a discutere dei moderni sistemi di comunicazione, invece di affrontare la novità delle sue sfide, si limita a definirli "fastidiosi cinguettii".
Soprattutto non spazi ma praterie sterminate si presentano al concetto di giustizia se applicato a quel misterioso mondo del soft law composto da quelli che qualcuno (Bin) ha definito "ectoplasmi normativi". Qui le intenzioni soggettive del legislatore cedono il campo alle finalità "oggettive" cui assolve la norma ("eterogenesi dei fini" è la locu-

zione che esprime questo mutamento di prospettiva), e le finalità oggettive non possono che essere quelle giuste, pena lo stesso dissolversi o arretrare dello stato moderno.

Logicamente un sistema che si evolve verso la giustizia direttamente prodotta dal fatto presenta rischi enormi e se ne parlerà, magari, in altra sede.
In questo momento proverò solo a cercare qualche conferma di quello che ho detto.

5. Come esempio, ho preso alcune recenti sentenze della giustizia amministrativa che davvero piuttosto che semplicemente applicare la legge sembrano forse abbiano soprattutto fatto giustizia.
Nel primo caso (Tar Lombardia sentenza n. 422 del 2019) veniva all'attenzione del giudice un provvedimento con cui un comune delle provincia di Milano, che aveva assistito, fino ad allora, un soggetto con una grave disabilità, presso un Centro Diurno per Persone Disabili del comune confinante, aveva deciso di trasferire il disabile presso il proprio centro.
A fondamento del trasferimento, esigenze di carattere finanziario, in quanto era del tutto evidente che il costo in altra struttura, piuttosto che in quella gestita direttamente dal comune di residenza, avrebbe comportato un maggior esborso finanziario.
Nel centro, dove veniva svolta l'attività rieducativa, il paziente aveva però, evidentemente, maturato rapporti e percorsi formativi che il trasferimento avrebbe bruscamente interrotto.
Qui il Tribunale, ponendo a base della sua decisione, il principio della libera scelta della struttura socio-sanitaria a cui affidarsi, compie davvero un bilanciamento dei valori che si può cogliere, nella sua essenza, solo adoperando la chiave di lettura di cui si è detto in precedenza.
Da un lato infatti - è il giudice che parla - "l'interesse delle amministrazioni locali ad evitare eccessivi esborsi legati a scelte poco oculate del cittadino bisognoso", dall'altro, l'esigenza di garantire il principio della libera scelta in una situazione, che, con il protrarsi del tempo, aveva finito per determinare un assestamento della sfera personale del soggetto debole, che ne aveva tratto evidente giovamento

Di qui l'affermazione secondo cui il primo valore non può che essere considerato regressivo rispetto al secondo, in un tipico bilanciamento in cui la chiave di lettura è spesso metagiuridica e rimessa alla valutazione che, in concreto, e non in astratto, il giudice compie.

A considerazioni analoghe è, d'altro canto, giunta anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha, più volte, ribadito la centralità della scelta libera del soggetto che ha diritto alla erogazione del beneficio, scelta che non può essere messa in discussione dal'amministrazione (Cons, St.n. 4085 del 2012). Le pronunzie soprattutto chiariscono che il fondamento di ogni decisione in merito non può che essere "il diritto inviolabile alla salute e all'assistenza (ed evitare) la lesione del principio di eguaglianza sostanziale (si sottolinea sostanziale) a tutti costituzionalmente garantiti (Cons.St sentenza n. 1774 del 2014).

Ancora più evidente una ulteriore pronunzia (Tar Marche n. 427 del 2018) in cui veniva chiesta l'integrazione - da parte dell'amministratore di sostegno - della retta per il ricovero in una struttura residenziale protetta. L'amministrazione comunale la aveva negata - nel rispetto del regolamento comunale - sul presupposto che i parenti del richiedente, tenuti agli alimenti, avrebbero avuto la disponibilità di redditi sufficienti per la copertura di quanto dovuto.

Il punto affrontato è - almeno apparentemente - in mero diritto, in quanto si discute se la valutazione dei presupposti per la concessione dell'intervento pubblico debba essere valutata con riferimento a tutti i soggetti tenuti agli alimenti ex art. 433 del codice civile o se, invece, si debba tener conto dei soli soggetti valutabili ai fini dell'ISEE. La pronunzia opta per questi ultimi, attraverso una puntuale ricostruzione della normativa vigente. Pur tuttavia, non si ci può sottrarre dal notare che, anche in questo caso - in cui come detto la soluzione avviene tutta all'interno della norma formale - il giudice abbia sentito l'esigenza di qualificare esplicitamente il proprio operato come "attuazione doverosa del principio dell'art. 38 della costituzione". Il fondamento è dunque quello secondo cui «il diritto ai trattamenti sanitari necessari alla tutela della salute è garantito ad ogni persona come diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti» (Corte Cost. sent. n. 509/2000).

Un diritto insomma comunemente percepito come giusto.

Bilanciamento che non è mai possibile avvenga, e si traduca, in pregiudizio delle prerogative fondamentali derivanti dal diritto fondamentale alla salute di cui siamo noi tutti - quali persone - titolari.
Non è possibile che ciò avvenga perché non sarebbe giusto.

A riprova di come il giudice costruisca il diritto alla salute come un diritto fondamentale incomprimibile e, dunque, come un diritto giusto, e talmente giusto da dover far recedere ogni altro diritto, anche la recente affermazione secondo cui esso prevale quando si trovi in conflitto con un altro diritto che - mi si permetta il gioco di parole - pur altrettanto costituzionalmente garantito, non appare altrettanto giusto.
Il che significa - l'ipotesi riguardava l'accreditamento delle strutture sanitarie - che "quando ricorrono specifici obiettivi di interesse pubblico da perseguire ed è imperativa la necessità di tutelare bisogni sociali aventi pari o superiore rilievo costituzionale, rispetto all'autonomia di mercato, il legislatore può legittimamente intervenire sulle attività imprenditoriali, riducendo il margine di autonomia delle imprese ed indirizzare quindi l'attività economica a fini sociali" (Tar Lazio sent n. 10976 del 2013 conf, Cos St. sent 3917 del 2014).
Gli esempi potrebbero continuare, ne manca il tempo, ma ve ne è uno che voglio ancora ricordare.
Il caso è quello del parziale annullamento (Tar Lazio sentenza n. 2458 del 2015) del regolamento n. 159 del 2013 con cui venivano indicati - tra gli altri - i fattori che avrebbero determinato L'ISEE (Indicatore della Situazione Economica Equivalente).
Manca il tempo per un esame approfondito della decisione, ma, ancora una volta, preme sottolineare la "cifra" di principio su cui la decisione si fonda che, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata rispetto agli artt. 3, 32 e 38 Cost., porta a correggere lo stesso metodo di calcolo del reddito, sul presupposto che più che da un risparmio di spesa, l' impostazione normativa - quella ricostruita dall'interprete - avrebbe dovuto rispettare un principio di uguaglianza e proporzionalità in quanto unica a consentire o, meglio, realizzare il rispetto dell'art. 38 Cost., legato alla "emersione" di situazioni solo apparentemente equivalenti ad assenza di reddito effettivo. Di qui la conseguenza che il provvedimento impugnato per non incorrere nella

violazione di legge, e nella ancor più diretta violazione delle norme costituzionali sopra richiamate, avrebbe dovuto appunto dare luogo ad una applicazione orientate in tale senso. La conseguenza è l'esame in concreto del ventaglio delle possibilità di sottoporre la componente di reddito ai fini ISEE agli indici "dell'effettiva ricchezza". Il principio non solo ha trovato conferma definitiva (Cons. St. n.838 del 2016), ma, in sede di conferma, si è degradato quasi ad un accidente, privo di qualsiasi considerazione, l'osservazione secondo cui l'annullamento avrebbe comportato un vuoto normativo difficilmente colmabile.
Si sa ciò che è giusto non tollera obiezioni del genere, proprio perché si esaurisce nell'affermazione della sua esistenza.

6. Se rivolgiamo lo sguardo alla giurisprudenza dell'Unione Europea, non si affermano chiavi di lettura diverse rispetto a quelle che si è cercato, seppur brevemente, di delineare.
Il caso emblematico è quello del trasporto dei pazienti utilizzando una ambulanza (Corte di Giustizia dell'Unione Europea sez III 28 febbraio 2019 n. 465), in cui, ancora una volta, vengono utilizzati termini che lasciano intendere come il focus della decisione sia più la sostanza dei bisogni che le regole formali che si è chiamati ad applicare.
Intendiamoci, non si tratta ora di ritornare al tema di fondo su cui si è cercato di ragionare sulla stessa funzione dell'interpretazione della norma giuridica, e sugli effetti metodologici che ne conseguono, in quanto, a leggere la decisione, assai rigoroso sembra l'argomentare formale.
Pur tuttavia, l'utilizzo di alcuni termini e alcuni passaggi della motivazione lasciano intendere che il giudice abbia prima voluto rendersi conto della realtà del fatto nel suo essere oggettivo e, solo dopo, costruire l'interpretazione della norma. Questo nell'identificare un obiettivo da perseguire - ritenuto giusto - su cui costruire la regola e su cui, solo dopo, orientare l'interpretazione.
Il caso è noto.
Un comune tedesco, dovendo aggiudicare l'appalto per i servizi di soccorso, non aveva pubblicato alcun bando di gara, limitandosi ad invitare quattro associazioni di

pubblica utilità. Di qui il ricorso degli esclusi, che avevano ritenuto non conformi al trattato le norme su cui il comune aveva basato la procedura.

La decisione muove dalla premessa che per “prevenzione contro i pericoli” - presupposto base per la procedura semplificata - non si possa far riferimento soltanto ai casi delle calamità collettive, ma che, nel concetto, possano essere incluse anche le situazioni relative a singoli soggetti. L’affermazione pare condivisibile, anche se in verità, davvero frutto di una evidente attività maieutica del giudice. Il punto è però che il giudice, per evitare il rischio di una eccessiva dilatazione delle deroghe ai principi generali in tema di affidamento dei servizi pubblici, introduce - a rigore interpreta - un ulteriore principio e cioè - la affermazione è testuale - che “l’eccezione non deve essere estesa oltre lo stretto necessario”.

Deve insomma essere giusta

Di qui la necessità, evidentemente, di costruire cosa debba intendersi per “strettamente necessario”.

Pare evidente come, per rendere chiara la norma, si introduca un elemento che, a sua volta. avrebbe bisogno di ulteriore specificazione e che, per sua stessa natura, non può che trovare nel fatto il suo autonomo contenuto. La deroga troverebbe infatti applicazione in tutti i casi in cui l’assistenza sia prestata “a pazienti in una situazione di emergenza” e “ a pazienti per i quali esista un rischio di peggioramento durante il trasporto”. Il tutto sempre a condizione che il trasporto sia “effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso”.

A parte gli altri aspetti, pure rilevanti, della decisione sulla qualificazione dei soggetti che possono esercitare il servizio, sembra evidente che il giudice abbia inteso tutelare innanzitutto la salute del paziente - si direbbe senza se e senza ma - a cui va evitato il benché minimo rischio durante il trasporto e ciò anche in sacrificio di una certezza delle norme - che sarebbe derivata dal rispetto del principio della eguaglianza formale tra coloro che aspirano all’esercizio del servizio e che avrebbe comportato l’annullamento dell’atto impugnato - che diviene, addirittura, un disvalore se non tutela appunto la salute del singolo intesa in senso sostanziale.

Il paziente che corre un rischio deve essere, nel trasporto, assistito adeguatamente: questa è una soluzione giusta ed è il fulcro della decisione adottata. La norma non

può che tutelare questo e non può che essere interpretata per realizzare questo obiettivo

Concludo ricordando uno dei padri della nostra cultura giuridica “tener conto della singolarità irriducibile delle situazioni umane non significa disintegrare le strutture dello ordinamento giuridico, ma al contrario significa realizzare una effettiva solidarietà sociale, che nasca dall'interiore consentimento dei consociati e non da una imposizione esteriore, in altre parole significa inserire la giustizia nel diritto positivo” (Carnelutti).