

PRESTAZIONI SANITARIE, DIRITTI FONDAMENTALI E GIURISPRUDENZA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO (*)

Consigliere Maria Cappellano – T.A.R. Sicilia, Palermo

Sommario: 1. il coinvolgimento dei diritti fondamentali nell'esercizio della funzione amministrativa: inquadramento teorico del diritto alla prestazione sanitaria - 2. Il controllo della spesa sanitaria e il principio di concorrenzialità: il superamento delle posizioni di mercato storiche. 3. - Le decisioni del giudice amministrativo – 4. Conclusioni.

1. Il coinvolgimento dei diritti fondamentali nell'esercizio della funzione amministrativa: inquadramento teorico del diritto alla prestazione sanitaria.

Negli anni passati – in un'epoca in cui la giurisdizione amministrativa pareva non dare sufficienti garanzie sull'efficacia degli strumenti di tutela di tali posizioni soggettive – la Corte di Cassazione aveva coniato la formula dei “diritti inaffievolibili”, cioè di diritti non degradabili dal potere pubblico.

Basti rammentare il 1979, anno del *leading case*, relativo ad un'azione di danno temuto per la costruzione di un impianto di depurazione nel golfo di Napoli: in quella occasione la Corte di Cassazione affermò la natura assolutamente incompressibile dei diritti fondamentali della persona, i quali non possono essere compressi o affievoliti per effetto dell'esercizio del potere pubblico (Cass. Civ. SS.UU., 9 marzo 1979, n. 1463; v. anche la coeva sentenza, n. 5172/1979, con riferimento al diritto ad un ambiente salubre).

L'eventuale attività amministrativa, incidente su tali posizioni soggettive, seppure formalmente espressa nell'adozione di un provvedimento amministrativo, sarebbe stata di fatto una attività materiale.

Una riproposizione di tale ricostruzione si è avuta con l'ordinanza n. 6218 del 21 marzo 2006, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ribadito la natura di diritto fondamentale del diritto alla salute, rispetto al quale la Pubblica Amministrazione è priva di qualunque potere di affievolimento della relativa posizione soggettiva.

Il caso concreto riguardava una famiglia, che aveva convenuto in giudizio davanti al giudice ordinario due aziende di grandi dimensioni, rispettivamente proprietaria e gestore dell'elettrodotto ad alta tensione Calabritto - Contursi, chiedendo che nei confronti delle convenute fosse dichiarata la pericolosità ed il danno alla salute degli attori e del loro nucleo familiare, derivante dalle

emissioni elettromagnetiche generate dall'elettrodotto, ordinando alle stesse di interrare la linea elettrica nella parte a ridosso della loro abitazione e di condannarle al risarcimento del danno biologico.

A seguito del regolamento preventivo di giurisdizione proposto dai ricorrenti, sull'eccezione di una delle convenute – di difetto di giurisdizione dell'adito Tribunale in favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, trattandosi di controversia in materia di pubblici servizi – la Corte di Cassazione ha ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice ordinario, sulla base delle seguenti considerazioni: a) il diritto alla salute appartiene a quel genere di diritti che non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità; b) nelle controversie che hanno per oggetto la tutela del diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost., la Pubblica Amministrazione è priva di qualunque potere di affievolimento della relativa posizione soggettiva.

Tale tesi risentiva di una concezione dell'interesse legittimo ormai largamente superata, in cui tale situazione soggettiva era vista quale interesse occasionalmente protetto dall'ordinamento per finalità che esulano in tutto e in parte dall'interesse sostanziale cui aspira il titolare; e, inoltre, in un momento storico in cui la posizione di interesse legittimo non appariva sufficientemente tutelata in ragione delle limitazioni che caratterizzavano il processo amministrativo.

Rispetto a tale orientamento sull'intangibilità dei diritti fondamentali da parte del pubblico potere, va oggi osservato che:

- già dopo la nota sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999, è difficile dubitare della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, definito “...*come interesse in ordine ad un bene della vita meritevole di protezione (esattamente come nel caso del diritto soggettivo) toccato dall'esercizio del potere. Come chiarito dalla Sezione con sentenza 2 settembre 2014 n. 4460 “L'esercizio del potere pubblico non <degrada> la situazione giuridica soggettiva del privato, con una sorta di capitis deminutio, così come, per converso, la <forza> della situazione giuridica soggettiva non annulla l'esercizio del potere.... Il sostrato sostanziale della situazione giuridica soggettiva è sempre il medesimo e non è degradato dall'esercizio del potere*”. Sono piuttosto gli strumenti di tutela a cambiare a seconda di come la legge, attraverso la previsione e la disciplina del potere, conforma le situazioni giuridiche, fermo restando che la tutela è sempre “piena” in quanto riferita al pregiudizio che l'azione amministrativa lesiva arreca al bene della vita, sicchè, avendo riguardo alla concezione soggettiva della tutela e alla centralità processuale della situazione soggettiva rispetto all'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, sembra ormai potersi “capovolgere definitivamente l'allocazione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo, e ci si può forse spingere ad

affermare che è l'interesse alla mera legittimità ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo"(così, Cons. Stato Sez. VI, 25-02-2019, n. 1321)...” (v. Consiglio di Stato, Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371);

- in tale percorso, non può non essere menzionata la sentenza n. 140/2007 della Corte Costituzionale – costituente un'autentica svolta nel difficile e tormentato percorso del riparto di giurisdizione - nella quale il Giudice delle leggi ha affermato che il giudice amministrativo “è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa”, non ostandovi la natura “fondamentale” dei diritti soggettivi coinvolti “non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti”;

- le situazioni giuridiche fondamentali godono, nell'ambito del processo amministrativo, di una tutela pienamente satisfattiva dell'interesse del privato, in quanto il codice del processo amministrativo – per quanto permanga centrale la struttura impugnatoria – disciplina istituti che consentono di concentrare nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione del bene della vita (si pensi all'azione di condanna al rilascio di un provvedimento quando si tratta di attività vincolata, o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione, ai sensi degli articoli 34, lett. c), e 31 co. 3, cod. proc. amm.);

- anche le Sezioni Unite affermano che il controllo di legittimità del giudice amministrativo comporta un sindacato pieno sul fatto (Cass. Civ., Sez. Unite, 9 marzo 2020, n. 6691; Cass. civ., Sez. Unite, 7 settembre 2020, n. 18592).

D'altro canto, sicuri indici normativi della tutela dei diritti fondamentali da parte del giudice amministrativo li possiamo rintracciare anche nel codice del processo amministrativo e, in particolare:

a) nell'art. 55, co. 2, cod. proc. amm., secondo cui “La concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale.”;

b) nell'art. 133, co. 1, lett. p), cod. proc. amm., relativo alle “controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, nonché gli atti, i provvedimenti e le

ordinanze emanati ai sensi dell'articolo 5, commi 2 e 4 della medesima legge n. 225 del 1992 e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati”).

Ne consegue che l'esercizio del potere pubblico coinvolge anche i diritti fondamentali, e i diritti costituzionali possono essere permeati – come si dice con espressione nota, “conformati” – dai valori costituzionali della solidarietà e dell'uguaglianza sostanziale.

In questa dinamica delle posizioni giuridiche non pare più configurabile un fenomeno di degradazione: diritti soggettivi e interessi legittimi piuttosto convivono tutte le volte in cui l'interesse sostanziale di cui la persona è titolare è protetto nella vita di relazione e, al contempo, il suo godimento è conformato dalla legge attraverso la previsione di un potere pubblico che ne assicuri la compatibilità rispetto agli interessi della collettività (v. Cons. Stato n. 6371/2020 cit.).

Con riferimento all'art. 32 Cost., da tale norma costituzionale si possono enucleare i fini fondamentali che l'ordinamento persegue: la tutela del *diritto fondamentale della persona* al mantenimento (ed al miglioramento) del proprio stato di benessere psico-fisico, e la tutela dell'*interesse della collettività* alla protezione della salute.

In tale quadro generale così chiaramente delineato, il diritto alla salute – l'unico dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. ad essere espressamente definito “fondamentale” dalla Costituzione¹ – è uno di quei diritti che, in ordine al *quomodo*, può essere inciso da misure finanziarie o organizzative, ma che conserva un suo nucleo irriducibile.

La Corte Costituzionale ha più volte ribadito che il diritto alla salute, seppure finanziariamente condizionato, conserva un “nucleo irriducibile” che non può essere compresso: è, in sintesi, “essenziale” tutto ciò che, mancando, lederebbe la dignità umana; circostanza, che non esclude la giurisdizione del giudice amministrativo tutte le volte in cui tale posizione sostanziale si imponga in un rapporto di diritto pubblico.

¹ Art. 32 Cost. :

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

Nessuno può essere obbligato ad 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.

Basti menzionare un noto passaggio della sentenza n. 275/2016, secondo cui è “la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”, sicché tale spesa costituisce una priorità costituzionale rispetto alle determinazioni politiche sulla allocazione delle risorse, incidendo sulla discrezionalità del legislatore.

Il diritto alla salute come diritto sociale, come diritto ad una prestazione sanitaria, diritto ad essere curato, è condizionato prima di tutto all’intervento del legislatore.

Si tratta di un tema nel quale è particolarmente evidente l’interferenza tra la concreta attuazione del diritto fondamentale attraverso anche le prestazioni sanitarie, e la gestione delle risorse pubbliche: non a caso, tale delicato bilanciamento tra la garanzia dei diritti sociali e la gestione sostenibile delle risorse finanziarie costituisce il *leit motiv* nella giurisprudenza costituzionale a partire dagli anni novanta.

E tra tutti i diritti sociali, quello alla salute nella sua declinazione come diritto ad ottenere una prestazione sanitaria rappresenta una posizione soggettiva la cui attuazione è particolarmente costosa, anche tenendo conto di fattori esogeni quali il progressivo invecchiamento della popolazione, il cronicizzarsi di talune malattie, la costante ricerca scientifica al fine di mettere a punto farmaci sempre più avanzati e terapie sempre più efficaci.

Tale posizione soggettiva, in quanto “diritto sociale”, poiché si traduce nella pretesa ad una prestazione pubblica, ha bisogno della mediazione dell’azione amministrativa, a seconda del livello di impatto sugli interessi pubblici potenzialmente antagonisti e tenuto conto della scarsità delle risorse economiche e materiali a disposizione.

E non è la natura “fondamentale” o “sociale” della situazione giuridica ad incidere necessariamente sulla giurisdizione, ma l’esercizio del potere pubblico che determina le concrete modalità con cui si attua in concreto l’esercizio di tale posizione soggettiva, con una inevitabile coesistenza di una posizione di interesse legittimo accanto al nucleo incompressibile del diritto soggettivo alla salute.

E tanto, considerando che, fra i diritti sociali, quello alla salute (inteso come diritto alla prestazione sanitaria) è forse la posizione soggettiva che maggiormente implica il coinvolgimento attivo dei pubblici poteri per l’attuazione concreta della norma costituzionale.

Venendo quindi al diritto alla salute nella sua declinazione di diritto alla prestazione sanitaria, la sua struttura dipende anche dalle scelte legislative

statali sui livelli essenziali di assistenza, e da quelle regionali sull'organizzazione del servizio sanitario, condizionate dall'aspetto economico e da quello scientifico.

Le teorie sull'estensione degli ambiti di tutela del diritto alla salute come diritto alla prestazione sanitaria

Va intanto precisato che, da una iniziale interpretazione che riteneva l'art. 32 Cost. una norma programmatica, si è passati alla piena affermazione della precettività del diritto alla salute, anche attraverso la predisposizione di un assetto organizzativo – il Servizio Sanitario Nazionale, con la l. n. 833/1978 – preposto alla tutela del diritto alla salute.

L'art. 32 disegna tale diritto fondamentale sia come diritto dell'individuo al mantenimento e al miglioramento del proprio stato di benessere psico-fisico; sia, come interesse della collettività alla protezione della salute.

Con riguardo al diritto fondamentale dell'individuo, secondo una prima impostazione, la natura di diritto soggettivo fondamentale impedirebbe di configurare in capo alla pubblica amministrazione poteri di natura autoritativa nell'attività di erogazione delle prestazioni sanitarie al privato, tali da limitare o condizionare il contenuto di tale diritto.

Il diritto alle prestazioni sanitarie, una volta individuato il contenuto dal legislatore, sarebbe pienamente esigibile e si configurerebbero solo “atti dovuti” della pubblica amministrazione nel rapporto fra soggetto erogatore del servizio pubblico – il quale, pertanto, non eserciterebbe potestà pubbliche – e l'utente del servizio sanitario.

La pubblica amministrazione non avrebbe il potere di valutare *l'opportunità* dell'erogazione della prestazione richiesta e si limiterebbe ad accertare, utilizzando le proprie competenze tecniche, la presenza delle condizioni per lo svolgimento del servizio, indipendentemente dalle risorse economiche a disposizione.

Secondo un altro orientamento la natura di diritto soggettivo non toglie che il diritto alla salute sia un diritto “condizionato” dalle scelte politiche.

In questa prospettiva, tale diritto fondamentale è una di quelle posizioni soggettive, che, più di altre, sono destinate ad incontrarsi – e, si potrebbe aggiungere, a scontrarsi – con l'esercizio del potere pubblico che si esplica nell'attività discrezionale, a diversi livelli:

- ad un primo livello, in relazione alla discrezionalità attribuita in tale materia al legislatore – quindi, al primo livello, della discrezionalità legislativa – il quale, non di rado, soprattutto negli ultimi anni, ha cercato di rendere tale diritto recessivo rispetto alle esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica; discrezionalità, che trova un limite nei

LEA (livelli Essenziali di Assistenza) quale contenuto minimo della prestazione sanitaria;

- ad un secondo livello, in cui trova esplicazione la discrezionalità amministrativa, cioè l'esercizio del potere di organizzazione del servizio (sanitario), il quale si traduce inevitabilmente nella ponderazione di una pluralità di interessi, pubblici e privati, spesso tra loro confliggenti;

- ad un terzo ed ultimo livello, in cui trova esplicazione la cd. discrezionalità tecnica (medica, farmaceutica), la quale si presenta come manifestazione di un giudizio tecnico, previa valutazione ed apprezzamento di specifici dati di fatto.

Viene, quindi, in rilievo una posizione soggettiva (quella del diritto alla prestazione sanitaria), la quale – oltre ad incontrare il limite delle risorse finanziarie – deve tenere conto anche dello stato delle tecnologie e delle conoscenze scientifiche a disposizione, oltre che degli aspetti organizzativi di pertinenza dell'apparato amministrativo.

Il che si traduce nella coesistenza di un nucleo essenziale, il diritto alla salute nelle sue varie declinazioni – tra cui quella ad ottenere la prestazione sanitaria – con una parallela posizione di interesse legittimo ad un corretto esercizio del potere a ciò finalizzato, cioè alle concrete modalità con cui la prestazione sanitaria sarà resa.

Va, infatti, sottolineato che il potere pubblico non può negare la prestazione sanitaria, ma ben può decidere come fornire tale prestazione: di fronte a questo esercizio del potere amministrativo, la posizione del privato è di interesse legittimo, ma non per questo viene tutelata dal giudice amministrativo in maniera meno efficace rispetto al diritto soggettivo, bensì viene tutelata con la stessa forza.

Tutti i soggetti pubblici sono dunque tenuti a rendere effettivo questo diritto o direttamente, tramite l'erogazione diretta di prestazioni, o indirettamente, regolando analoghe attività gestite da privati; e tuttavia, tale valore entra necessariamente in comparazione con altri interessi, di cui pure l'amministrazione deve farsi carico, come quello del contenimento della spesa pubblica.

2. Il controllo della spesa sanitaria e il principio di concorrenzialità: il superamento delle posizioni di mercato storiche.

Si immagina, pertanto, un modello uniforme di tutela della salute su cui possono inserirsi elementi di differenziazione a livello regionale, sempre che

sussistano le condizioni economiche e fermo restando il rispetto del livello minimo uguale per tutti e su tutto il territorio nazionale².

In tale quadro normativo-organizzativo diventa centrale l'attività della Conferenza Stato-Regioni nella definizione delle politiche sanitarie nazionali; ma diventa centrale, purtroppo, anche il tema dei disavanzi finanziari, sicché i servizi sanitari resi dalle Regioni in deficit – come è accaduto per la Regione Siciliana – si sono sostanzianti inevitabilmente nella garanzia dei LEA, senza potere in alcun modo, se non grazie alle eventuali economie di spesa realizzate, assicurare un'assistenza sanitaria ulteriore che consentisse di coprire adeguatamente l'intero fabbisogno, la complessa domanda di prestazioni sanitarie proveniente dagli utenti.

Il limite della spesa si è posto dunque quale limite invalicabile – come reso palese dal principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio (artt. 81, 97, 117, 119 Cost.) – che la giurisprudenza amministrativa ha salvaguardato; e al tema del controllo della spesa si collega quello, più volte affrontato dalla giurisprudenza, della legittimità della clausola di salvaguardia, ovvero l'accettazione incondizionata, da parte degli operatori privati, dei tetti di spesa e la rinuncia ad eventuali impugnazioni dei relativi provvedimenti di determinazione, presente in numerosi schemi-tipo di contratto *ex art. 8 quinquies* del d. lgs. n. 502/1992 predisposti da diverse Regioni soggette al Piano di rientro³.

Ma tale limite in qualche modo è sintomatico del rischio concreto di subordinare adeguati livelli di prestazioni sanitarie alle capacità economiche dei territori, e disvela forse l'intrinseca contraddittorietà della definizione del diritto alla salute come “diritto fondamentale condizionato”.

Invero, chi esercita il diritto alla salute ha, poi, nel rapporto con il potere pubblico, un interesse qualificato a controllare la legittimità dell'azione amministrativa, sotto gli svariati profili della motivazione dell'atto, della programmazione; della ragionevole individuazione dei LEA; dell'esercizio dei poteri di controllo dell'autorità sanitaria regionale sulla qualità delle

² La riforma costituzionale di cui alla legge cost. n. 3/2001 ha inserito, all'art. 117, co. 2, lett. m), fra le competenze legislative esclusive statali la competenza sulla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”, rispetto alla quale la competenza delle regioni è una competenza concorrente, che è stata intesa prevalentemente come competenza sull'organizzazione del servizio sanitario (C. Cost. n. 438 del 2008; 200 del 2005, anche per le Regioni speciali *ex art. 10 l. cost. n. 3/2001*: C. Cost. nn. 448/2006; 50/2007; 98/2007; 371/2008).

³ Sulla legittimità della clausola di salvaguardia, vedasi: Consiglio di Stato, Sez. III, 18 settembre 2023, n. 8412; 10 maggio 2023, n. 4715; 20 aprile 2023 n. 3997; in senso conforme: T.A.R. Sicilia, Sez. I, 20 giugno 2022 n. 2002.

prestazioni erogate sia dalle strutture pubbliche che da quelle private operanti in regime di accreditamento/contrattualizzazione⁴.

Diventa quindi irrinunciabile, in tale quadro di scarsità delle risorse finanziarie a disposizione, il tema della programmazione e delle scelte di priorità effettuata nel sistema sanitario ai vari livelli, in relazione ad una posizione soggettiva qualificabile come diritto a ricevere cure mediche efficaci, tempestive e in linea con gli standard del contesto temporale di riferimento.

Accanto al tema del controllo della spesa per la salute, in tale quadro sistematico del sistema sanitario – caratterizzato anche da uno squilibrio tra una domanda e una offerta – viene all’attenzione anche il tema afferente al principio di concorrenzialità, il quale sarebbe funzionale all’elevazione della qualità dell’offerta sanitaria erogata dalle strutture private.

Tale tema – così centrale nell’azione amministrativa, perché essenziale per la trasparenza e il buon andamento – si è posto, a livello giurisprudenziale, sia nella fase dell’accreditamento istituzionale; sia, in quella della contrattualizzazione.

Com’è noto, il sistema di accreditamento del SSN è composto da distinti sub-procedimenti, tutti di matrice amministrativo-pubblicistica: 1) l’autorizzazione, subordinata alla verifica di compatibilità del progetto da parte della regione (*ex* articoli 8 *bis* e 8 *ter* del d. lgs. n. 502/1992); 2)

⁴ “...La sfida perseguita resta, dunque, quella di coniugare in modo bilanciato le esigenze, entrambe di rilievo costituzionale, di un’efficiente organizzazione della sanità pubblica e dei relativi servizi, salvaguardandone la qualità e la tendenziale completezza rispetto ai bisogni dell’utenza, e quella relativa agli equilibri di bilancio ed alla sostenibilità della spesa.

Come di recente ribadito da questa Sezione in modo diffuso ed articolato (*cf.* Cons. St., sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1305), secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale il diritto alla salute resta un diritto finanziariamente condizionato (*cf.* sentenze nn. 356/1992, 355/1993, 218/1994, 304/1994, 267/1998, 509/2000, 248/2011) atteso che “in presenza di una inevitabile limitatezza delle risorse, 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 delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute”, restando salvo, in ogni caso, quel “nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana” (sentenze n. 309 del 1999, n. 267 del 1998, n. 247 del 1992). Sul punto, anche l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha parimenti avuto modo di sottolineare che il diritto alla salute di cui all’articolo 32 della Costituzione può essere sottoposto a condizioni che ne armonizzino la protezione con i vincoli finanziari a patto di non scalfirne il nucleo essenziale irriducibile e che la stessa Corte costituzionale, nel valutare le linee fondamentali del sistema sanitario, aveva da tempo sottolineato l’importanza del collegamento tra responsabilità e spesa, evidenziando come l’autonomia dei vari soggetti ed organi operanti nel settore debba essere correlata alle disponibilità finanziarie e non possa prescindere dalla scarsità delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale (*Ad. Plen.* 12 aprile 2012, n. 4 che richiama Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416) ...” (Consiglio di Stato, Sez. III, 20 aprile 2021, n. 3190).

l'accreditamento, subordinato (tra l'altro) alla verifica della funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale (*ex art. 8 quater* del d. lgs. n. 502/1992); 3) la fissazione del limite delle prestazioni annuali, al fine di assegnare il "budget" alla singola struttura accreditata; 4) la sottoscrizione del contratto annuale di fornitura delle prestazioni (*ex art. 8 quinquies* del d. lgs. n. 502/1992).

È quindi evidente che l'accreditamento attribuisce una posizione concorrenziale di maggior vantaggio rispetto agli altri operatori privati.

Il tema è centrale, in quanto la scelta del meccanismo per regolare l'accesso al mercato da parte delle strutture sanitarie private incide potenzialmente sulla qualità dell'offerta privata nel settore sanitario.

E' altrettanto noto che tale mercato non è liberalizzato, e che ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 2006/123/CE "Bolkestein" i servizi sanitari debbono essere considerati servizi di interesse generale, come tali esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva in tema di c.d. liberalizzazione delle attività economiche.

Tuttavia, le strutture private accreditate svolgono comunque servizi di rilevanza economica, e sono assoggettate ai principi del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea di cui agli articoli 49 e 56; sono pertanto operatori economici secondo l'ampia nozione elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

Ora, sotto tale profilo, sebbene la peculiarità di tale mercato possa giustificare il monopolio pubblico, una volta che l'Amministrazione decida di fare entrare in tale ambito le strutture private, ecco che trovano spazio i principi concorrenziali garantiti dal Trattato.

Pertanto, tale ingresso deve rispondere a criteri che non si limitino alla cd. spesa storica, che lascerebbe inalterate le posizioni già acquisite dalle strutture ormai all'interno del sistema, con un consolidamento della stessa posizione a discapito di una eventuale maggiore efficienza e qualità dei soggetti privati; e tanto, proprio nella considerazione – che parrebbe per certi versi ovvia – per cui l'offerta sanitaria deve essere costantemente verificata, aggiornata ed eventualmente modificata sotto l'aspetto della platea degli operatori economici, proprio al fine di conseguire l'obiettivo della migliore prestazione sanitaria.

Sotto tale profilo, è indubbio che senza una buona organizzazione del servizio pubblico, non può esservi l'effettività del diritto sociale.

Più in particolare, un sistema basato sulla sussidiarietà orizzontale tra operatori sanitari pubblici e privati accreditati non può più sfuggire alle regole, operanti per qualunque settore del mercato, della concorrenzialità

volta sia a valutare l'ingresso di nuovi operatori, sia a verificare periodicamente gli operatori già accreditati, sia, conseguentemente, a valutare eventualmente il livello e gli eventuali necessari miglioramenti dell'efficientamento e della razionalizzazione della rete, desumibile anche dalla durata limitata nel tempo dell'accreditamento (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III. 4 febbraio 2021, n. 1043).

Il fabbisogno, dunque, non può rappresentare un rigido limite di tipo quantitativo e di contingentamento, ma esso configura soprattutto un parametro qualitativo e funzionale per l'accertamento delle qualità dell'offerta assistenziale dei *newcomers*: una volta che si è operata la scelta di avvalersi della sussidiarietà orizzontale per alcuni settori e pertanto di migliorare l'offerta assistenziale in quei settori, il mercato deve poi restare periodicamente aperto alla selezione dei migliori, alla verifica dei soggetti già accreditati, e all'ingresso di chi dimostri superiori qualità (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III quater, 8 febbraio 2022, n. 1483).

Il superamento delle posizioni di mercato “storiche”

Nel rapporto pubblico-privato, nell'esperienza della Regione Siciliana, un altro aspetto che ha condizionato non poco tale rapporto, e ha visto l'intervento a più riprese del Giudice amministrativo, è proprio quello della cristallizzazione delle posizioni di mercato precedentemente detenute dagli erogatori accreditati e contrattualizzati, i quali hanno mantenuto tali posizioni indipendentemente dal livello quali/quantitativo delle prestazioni rese.

Tale “cristallizzazione” aveva una sua base normativa nell'art. 25, co. 2, della l.r. n. 5/2009, secondo cui *“Le prestazioni di ricovero sia in regime ordinario che in regime giornaliero, quelle specialistiche, ambulatoriali, domiciliari e residenziali, ivi compresa la diagnostica strumentale e di laboratorio e la medicina fisica e riabilitativa, sono erogate, in conformità alle vigenti disposizioni normative, oltreché dalle strutture pubbliche, anche da quelle private accreditate titolari di accordi contrattuali alla data di entrata in vigore della presente legge”*.

La Prima Sezione del T.A.R. Sicilia, già con la sentenza n. 875/2011, aveva ritenuto tale disposizione ostativa all'applicazione dell'art. 3, co. 3, del Trattato sull'Unione europea, e degli articoli 3 (paragrafo 1, lett. b)), 116, 117 (paragrafo 1) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, relative alla tutela della libertà di concorrenza, in quanto la norma regionale poneva una chiara ed evidente barriera temporale di ingresso nel mercato provinciale successivamente a quella data (14 aprile 2009): la disposizione è stata quindi disapplicata.

Tale sentenza è stata richiamata dalla sentenza della Prima Sezione del T.A.R. n. 1699/2012, confermata dal C.G.A. con la decisione n. 234/2017, che si pone in linea con le precedenti decisioni dello stesso Giudice di appello (cfr. le sentenze 11 marzo 2013, n. 326; 10 luglio 2015, n. 478; 3 novembre 2016, n. 383).

Tale orientamento del T.A.R. Sicilia si è consolidato con le sentenze n. 167, n. 203 e n. 204 del 2015.

Sotto tale profilo, anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha contestato alla Regione Siciliana l'assegnazione dei fondi pubblici sostanzialmente solo in base alla cd. "spesa storica", cioè rapportando i singoli budget assegnati l'anno precedente agli aggregati di spesa provinciali.

L'AGCM ha, quindi, ritenuto tale procedura una violazione dei principi a tutela della concorrenza nella misura in cui: a) elimina ogni incentivo a competere tra le strutture accreditate, attribuendo alle strutture già titolari di rapporti contrattuali un indebito vantaggio concorrenziale; b) comporta, conseguentemente, la cristallizzazione di fatto delle posizioni di mercato precedentemente detenute dai singoli erogatori privati accreditati, senza potere considerare né l'eventuale contenimento dei costi, né il livello di soddisfacimento della domanda.

Lo scenario è, dunque, quello della revisione dei criteri di ripartizione delle risorse, tenendo conto di molteplici fattori qualitativi, quali, per esempio, le dotazioni, le unità di personale e la tipologia dei rapporti di lavoro, l'accessibilità della struttura, la correttezza del rapporto con l'utenza, il rispetto degli standard di qualità.

La prima Sezione del nostro T.A.R., con sentenza n. 2967/2020, ha accolto un ricorso promosso proprio da AGCM avverso il Decreto dell'Assessore alla Salute 09.11.2018 di "Determinazione degli aggregati di spesa per l'assistenza specialistica da privato - biennio 2018-2019", censurato in quanto la Regione Siciliana aveva assegnato le risorse pubbliche destinate per l'assistenza specialistica sanitaria da privato (i c.d. budget) in base al solo criterio della c.d. spesa storica per l'anno 2018, e nella misura del 95% per l'anno 2019.

In sede di appello il C.G.A. con la sentenza n. 994/2021 ha riformato per la parte relativa alla modulazione dell'effetto demolitorio, statuendo l'efficacia *ex nunc* dell'intera statuizione, a fronte della sentenza n. 2967/2020 che aveva graduato gli effetti demolitori, stabilendo, per quanto attiene all'anno 2018, un annullamento con effetti *ex nunc*; per l'anno 2019, l'effetto demolitorio *ex tunc*.

In sede di ottemperanza a tale sentenza, con sentenza n. 2341/2023, la Prima Sezione del T.A.R. Sicilia ha rilevato come le relative statuizioni fossero state concretamente applicate con i Decreti Assessoriali adottati per il biennio 2022/2023, avendo delimitato il criterio della spesa storica al 50 % dei singoli budget assegnati nel 2019; e la restante quota del 50% in base ad articolati criteri in relazione alla “dislocazione territoriale dei servizi” (menzionato nella sentenza ottemperanda).

Al fine di superare la cd. spesa storica, è stato quindi introdotto un ulteriore correttivo, tenendo conto del valore minore tra il budget assegnato nel 2019 e la produzione effettiva per ogni singola struttura, con un limite di variazione percentuale (-15%; + 100%); con un riferimento al fatturato, il quale costituisce un chiaro indice della potenzialità erogativa della struttura (uno dei criteri menzionati nella sentenza, la “potenzialità di erogazione”).

È stato, inoltre, aumentato il budget di ingresso per i nuovi accreditati.

In tal senso, gli approdi della giurisprudenza, anche costituzionale, sono stati recepiti dal legislatore con l'art. 15, co. 1, lett. a), della l. n. 118/2022, - non a caso rubricato “*Revisione e trasparenza dell'accreditamento e del convenzionamento delle strutture private nonché monitoraggio e valutazione degli erogatori privati convenzionati*” – il quale ha sostituito il comma 7 dell'art. 8 quater, e inserito dopo il comma 1 dell'art. 8 quinquies il comma 1 bis, il cui contenuto recepisce principi immanenti all'ordinamento, con particolare riguardo alla necessità di selezionare le strutture sanitarie a cui attribuire l'accreditamento in base a procedure trasparenti e non discriminatorie, che innalzino mediante la concorrenza il livello delle prestazioni sanitarie.

E tanto, anche nella fase della contrattualizzazione, nella quale l'Amministrazione sanitaria deve operare secondo procedure eque e trasparenti, in base a criteri predeterminati che valorizzino prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare.

Nel senso dell'applicazione dei principi di parità di trattamento e di tutela della concorrenza, sia nella fase di accreditamento che di contrattualizzazione,

si è espresso anche il C.G.A., con le recentissime sentenze n. 59/2023⁵ e n. 401/2023.

Con la prima di tali sentenze si affermano in maniera chiara i principi elaborati in tale materia, confermando l'applicazione a tale mercato delle regole comunitarie – primo fra tutti il principio di concorrenzialità – con inevitabile superamento del criterio della spesa storica e l'introduzione di un meccanismo concorrenziale sia per l'ingresso di nuovi operatori privati, sia per la verifica periodica dei soggetti contrattualizzati.

E, sotto tale profilo, vi era già un indice normativo significativo, in quanto l'art. 8 *quater*, co. 3, lett. b), del d. lgs. n. 502/1992, con riguardo alla definizione di criteri generali uniformi da parte dei competenti organi, finalizza tale definizione (tra le altre) alla “*determinazione dei limiti entro i quali sia*

⁵ La sentenza del CGA n. 59/2023 ha affermato i seguenti principi:

“...- la determinazione automatica di non contrattualizzare, peraltro a tempo indeterminato, soggetti accreditati viola le regole comunitarie in materia di concorrenza, precludendo l'accesso al mercato delle prestazioni sanitarie in favore del servizio sanitario pubblico;

- l'art. 3, comma 3, T.U.E. e gli artt. 3 (par. 1, lett. b), 116, 117 (par. 1) T.F.U.E., relativi alla tutela della libertà di concorrenza, sono applicabili anche al mercato delle prestazioni professionali che costituisce un vero e proprio mercato soggetto alle regole comunitarie, sicché sono da ritenersi illegittime tutte le disposizioni che precludono la sottoscrizione di contratti con nuovi soggetti accreditati, privilegiando i soggetti che già lo sono e facendo esclusivo riferimento alla saturazione dell'offerta;

- la circostanza che, negli anni, venga a protrarsi una situazione di oligopolio in favore delle strutture a suo tempo contrattualizzate, destinate, quindi, a gestire l'intero fabbisogno all'infinito (cioè fino a quando dovessero decidere di chiudere), stride con il necessario rispetto dei principi in materia di concorrenza;

- le Regioni possono operare scelte autonome per indicare i criteri ritenuti migliori per l'individuazione dei soggetti che, tenendo conto dei limiti delle risorse disponibili, possono erogare prestazioni del servizio sanitario pubblico, ma debbono ritenersi illegittime tutte le disposizioni che precludono la sottoscrizione di contratti con nuovi soggetti accreditati, privilegiando i soggetti che già lo sono e facendo esclusivo riferimento alla saturazione dell'offerta;

- l'utilizzo del dato storico, che ha il pregio di assicurare la stabilità dei rapporti (stabilità necessaria per consentire ai soggetti privati di affrontare investimenti, talvolta anche elevati), tende purtuttavia ad ingessare l'intero settore, creando vere e proprie rendite di posizione che determinano ingiustificati privilegi, non funzionali all'efficienza del servizio sanitario, oltre che palesemente in contrasto con i principi di parità di trattamento tra soggetti potenzialmente interessati ad inserirsi nel settore, di libertà di iniziativa economica ed efficienza dell'amministrazione, principi tutti di rilievo costituzionale;

- la scelta dell'amministrazione regionale di impedire nei fatti (o di rendere estremamente difficoltoso) l'accesso alla contrattualizzazione è illegittima, poiché, una volta individuati i soggetti accreditati, tali operatori devono essere messi in condizione di stipulare contratti con l'amministrazione, al pari degli altri soggetti accreditati e già contrattualizzati, non potendo la Regione rivolgersi a tempo indefinito solo ai soggetti che per anni hanno avuto accesso al mercato e fare riferimento solo al criterio della spesa storica che, evidentemente, avvantaggia solo coloro che operano in un mercato chiuso all'accesso di nuovi operatori;

- la ripartizione dei budget tra i soggetti accreditati, fermo restando il tetto massimo di spesa, dovrebbe essere operata in base ad appositi criteri idonei a garantire condizioni di parità tra i soggetti;

- un sistema basato sulla sussidiarietà orizzontale tra operatori sanitari pubblici e privati accreditati non può sfuggire alle regole, operanti per qualunque settore del mercato, della concorrenzialità volta sia a valutare l'ingresso di nuovi operatori, sia a verificare periodicamente gli operatori già accreditati, sia, conseguentemente, a valutare eventualmente il livello, e gli eventuali necessari miglioramenti, dell'efficientamento e della razionalizzazione della rete...”.

possibile accreditare quantità di prestazioni in eccesso rispetto al fabbisogno programmato, in modo da assicurare un'efficace competizione tra le strutture accreditate”.

3. - *Le decisioni del giudice amministrativo.*

Un delicato tema di cui si è occupato il giudice amministrativo è quello del trattamento ABA, l'erogazione di una terapia secondo i principi dell'*Applied Behavioral Analysis* (ABA), ovvero l'analisi applicata del comportamento in regime domiciliare e nei contesti di vita per almeno 25 ore settimanali.

Con la recentissima sentenza 6 ottobre 2023, n. 8708, la Terza Sezione del Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado, ha annullato il provvedimento di diniego di un'Azienda sanitaria, sull'istanza per un minore con autismo severo, tesa a ricevere, in via diretta o indiretta (tramite contributi), l'erogazione delle prestazioni inerenti all'intervento cognitivo comportamentale ABA, pervenendo alla conclusione della riconducibilità di tale trattamento nei LEA, attraverso l'interpretazione sia del D.P.C.M. 12 gennaio 2017 (art. 60), sia delle Linee di indirizzo dell'Istituto Superiore di Sanità.

In tale caso – sottolineando il profilo di una tutela “piena ed effettiva” delle ragioni invocate dal minore – è stata ricompresa nei LEA, attraverso il menzionato D.P.C.M., l'assistenza sociosanitaria ai minori con disturbi in ambito neuropsichiatrico e del neurosviluppo, con particolare riguardo ai disturbi dello spettro autistico; venendo in considerazione prestazioni socio sanitarie ad elevata integrazione sanitaria, aventi una particolare rilevanza terapeutica e intensità della componente sanitaria.

Un altro esempio significativo della connessione tra il diritto fondamentale e l'organizzazione amministrativa, e dell'incidenza della giurisdizione amministrativa sul tema delle prestazioni sanitarie, può rinvenirsi nella decisione del Consiglio di Stato, Sez. III, 20 luglio 2016, n. 3297, in tema di *procreazione medicalmente assistita (PMA) di tipo eterologo*, nella quale il Giudice di appello ha rilevato che “Sulla questione se le tecniche di fecondazione assistita (omologa od eterologa), rientrino propriamente nel concetto di «cura» e siano oggetto di «prestazioni mediche», ovvero se costituiscano un mero «sostegno alla coppia», si è pronunciata la Corte Costituzionale, che – con le sentenze n. 162/2014⁶ e n. 96/2015 – ha posto

⁶ “...La disciplina in esame incide, inoltre, sul diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica» (sentenza n. 251 del 2008; analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003) e «la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica» (sentenza n. 167 del 1999). Peraltro, questa nozione corrisponde a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità,

in rilievo come tali tecniche incidano sulla salute, fisica e certamente psichica, della coppia ed anzi riguardi quel «*nucleo irriducibile del diritto alla salute*», inteso sia quale irrinunciabile libertà dell'individuo, sia quale diritto sociale ad una prestazione essenziale da parte del Servizio Sanitario Nazionale”.

Nel merito, la Regione Lombardia – non soggetta al piano di rientro dal disavanzo finanziario - aveva disposto che, a differenza dei costi per la fecondazione omologa, i costi per la fecondazione di tipo eterologo gravassero interamente sugli assistiti, fino a quando le tecniche di P.M.A. di tipo eterologo non fossero inserite nei “livelli essenziali di assistenza”.

Il Consiglio di Stato ha affrontato frontalmente il tema della “legittimità del potere esercitato dall'Amministrazione nell'organizzazione di un pubblico servizio essenziale quale quello sanitario”, quale potere altamente discrezionale che conforma il concreto esercizio del diritto alla salute.

Il compito del giudice amministrativo in questo caso è quello di valutare se sussistano in questo apprezzamento profili di evidente illogicità, di contraddittorietà, di ingiustizia manifesta, di arbitrarietà o di irragionevolezza nella scelta amministrativa nel concreto riconoscimento del diritto alla salute declinato come diritto ad una prestazione sanitaria nel rapporto con il limite finanziario.

In tale quadro, il Consiglio di Stato non ha individuato le ragioni giustificatrici della distinzione tra le prestazioni di P.M.A. di tipo omologo, finanziate dalla Regione, e quelle di tipo eterologo, poste invece ad integrale carico degli assistiti; laddove l'esternazione delle ragioni di una scelta discrezionale costituisce l'essenza dell'imparzialità dell'amministrazione. E in quel caso la Regione non risultava avere esternato neppure eventuali esigenze finanziarie.

In quella fase la mancata inclusione nei LEA non apparve decisiva in quanto la regione non soggetta al piano di rientro nella propria autonomia avrebbe potuto ammettere l'erogazione di prestazioni sanitarie aggiuntive rispetto ai LEA.

Questa sentenza è stata richiamata dalla recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 24 novembre 2020, n. 7343.

secondo la quale «Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano» (Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946).

In relazione a questo profilo, non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data, secondo quanto sopra esposto (Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162).

Anche il giudice di primo grado ha avuto occasione di occuparsi del delicato tema dell'autorizzazione alla fecondazione eterologa con trasferimento di ovociti in fresco, annullando il diniego di autorizzazione per prestazioni sanitarie all'estero: in quel caso l'Azienda sanitaria aveva motivato il diniego con riferimento alla mancata pubblicazione del nomenclatore tariffario e alla sottoposizione della Regione al piano di rientro, entrambe ipotesi di tassativo diniego non previste né dalla normativa europea, né da quella nazionale (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 20 luglio 2020, n. 1471).

Va altresì precisato che il compito del giudice amministrativo di garantire in concreto l'attuazione di un diritto fondamentale – nel suo incontro con l'esercizio del potere pubblico – si può riscontrare anche in altri ambiti, che non necessariamente attengono alla piena realizzazione a ricevere la prestazione sanitaria, ad essere curati.

Si pensi ad un caso, che fece molto clamore a livello mediatico, su cui il Consiglio di Stato ha reso due pronunce sulla situazione di una ragazza in stato di incoscienza, il cui tutore aveva chiesto all'Amministrazione sanitaria di avere indicata una struttura dove staccare il sondino naso-gastrico che assicurava nutrizione e idratazione: in quel caso, il problema che si pose fu quello di garantire in concreto l'attuazione del diritto fondamentale alla salute declinato in negativo, come diritto di rifiutare le cure; esercizio di un diritto che ha visto contrapposto l'esercizio di un potere pubblico contrario a tale richiesta nuova – non regolamentata – perché contraria alle stesse prestazioni pubbliche tese a conseguire il beneficio al paziente, in una fase temporale antecedente alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante “*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*”.

In quel caso con la prima sentenza, nel 2014 (Consiglio di Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460), è stata confermata la sentenza di primo grado, di annullamento del provvedimento con cui era stato espresso il rifiuto di indicare una struttura ospedaliera pubblica dove effettuare il chiesto distacco; nel 2017 (Consiglio di Stato, Sez. III, 21 giugno 2017, n. 3058), l'ente regionale è stato condannato al risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dalla paziente e dal genitore, in applicazione dell'art. 2059 c.c. alla responsabilità della p.a..

La sussistenza della giurisdizione amministrativa – nel caso in cui la legge abbia attribuito alla p.a. un potere volto a tutelare gli interessi pubblici – è stato ribadito dal Consiglio di Stato nella recentissima sentenza della III Sezione, 5 dicembre 2022 n. 10648, in relazione alle disposizioni contenute nell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 relativo all'obbligo vaccinale per il personale

sanitario: il Consiglio di Stato ha chiarito che tali disposizioni hanno mirato a tutelare il diritto alla salute quale definito dall'art. 32 Cost.; e tanto, pur a fronte di un potere a carattere vincolato (in assenza di margini di discrezionalità amministrativa o tecnica), il quale è teso a garantire il rispetto del fondamentale interesse ad evitare la diffusione del contagio (diritto alla salute declinato quale interesse della collettività).

Con tale sentenza il Consiglio di Stato è andato apertamente di contrario avviso alla sentenza delle Sezioni Unite del 29 settembre 2022, n. 28429, quanto al profilo della giurisdizione.

Ma emerge altresì una visione del diritto fondamentale, quale quello alla salute, che – nella sua forma negativa, di libertà di non vaccinarsi a certe condizioni – può essere conformato dall'esercizio in concreto di un potere pubblico teso a verificare che la pretesa libertà di non sottoporsi a tale obbligo sia giustificata dalla primaria esigenza di non nuocere alla salute dell'individuo

Al delicato bilanciamento tra valori di primario rango costituzionale si è, del resto, assistito nel periodo dell'emergenza epidemiologica da Covid -19, in quanto il giudice amministrativo – pur dando atto dell'applicazione di disposizioni fortemente compressive di diritti fondamentali della persona (lavoro, privacy, libertà di movimento) – ha ritenuto tale compressione giustificata dalla preminente tutela del valore primario della salute pubblica.

Emerge, quindi – anche con riguardo alla giurisdizione generale di legittimità – un livello di intervento sul potere pubblico, nella fase della programmazione, delle scelte altamente discrezionali poste a monte della concreta realizzazione delle prestazioni sanitarie; fase estremamente delicata, nella quale si è chiamati a sindacare le scelte del governo regionale, di allocazione delle risorse a disposizione, di selezione degli operatori del settore in relazione a parametri predeterminati, di ulteriore ripartizione delle risorse negli ambiti provinciali e della tempistica di attuazione.

Già questi primi esempi rendono comprensibile come la giurisdizione amministrativa sia in grado di incidere anche sul livello programmatico e, quindi, indirettamente, sulle modalità con cui saranno rese le prestazioni sanitarie ai cittadini.

Si pensi anche, a titolo di esempio, alla giurisprudenza formatasi sui ricorsi promossi dalle strutture private accreditate e contrattualizzate avverso gli atti generali di riorganizzazione del percorso diagnostico per il trattamento di varie tipologie di tumori, attraverso la individuazione di centri specialistici per l'attuazione di tali percorso diagnostico.

Basti rinviare, sul punto alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 5 maggio 2021, n. 3502, che ha confermato la sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, 25 febbraio 2020, n. 856; nonché, la sentenza del T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 17 febbraio 2022, n. 558, sui decreti assessoriali di approvazione della rete regionale dei Centri di Senologia per la prevenzione, diagnosi e trattamento del tumore alla mammella, dalla quale, tranne un paio di eccezioni, sono state escluse le case di cura private accreditate e contrattualizzate titolari di unità di chirurgia generale.

I punti maggiormente contestati attenevano alla scelta del volume minimo di attività per essere inseriti nella rete, asseritamente in contrasto con la posizione consolidata delle strutture private, già assegnatarie di un budget per l'erogazione di prestazioni di chirurgia generale comprendenti quelle del tumore alla mammella; determinazioni discrezionali, sulle quali peraltro hanno una notevole incidenza le decisioni assunte in sede di Conferenza Stato-Regioni.

La logica sottesa è quella della riduzione del numero di strutture attraverso la creazione di centri di specializzazione che garantiscano la presa in carico integrata della paziente, e tanto anche al fine di creare un sistema migliore per la cura di tale tipologia di tumore, ed evitare la mobilità regionale passiva (i cd. viaggi della speranza) anche in un'ottica di tutela del principio dell'equilibrio della finanza pubblica, ma contemporaneamente di riduzione del rischio per la paziente.

Dunque, si assiste ad una rimodulazione dell'organizzazione del servizio sanitario, di cui il giudice amministrativo deve vagliare l'eventuale irragionevolezza, contraddittorietà e/o l'arbitrarietà.

Già solo il riferimento a questi casi concreti dà la dimensione di quanto sia incidente il giudizio del giudice amministrativo su tali atti e, quindi, sul diritto alla prestazione sanitaria, la cui effettività di tutela dipende ovviamente anche dalle scelte effettuate a livello programmatico, e sulle quali l'autorità sanitaria conserva un potere-dovere di controllo e monitoraggio.

In tali situazioni va, invero, considerato che l'obiettivo finale della riorganizzazione in rete è quello di delineare il miglior percorso praticabile all'interno della propria organizzazione e della rete dalla diagnosi fino alla terapia post operatoria: ciò ha un impatto significativo sulla prestazione sanitaria in termini di tempestività ed efficacia e, in definitiva, sul diritto inviolabile della persona a ricevere un percorso terapeutico di qualità da parte di strutture con le migliori e più aggiornate competenze, senza che questo, anche secondo il giudice di appello, possa ritenersi incidente sul principio di libera scelta del luogo di cura.

Quanto ai parametri per il vaglio della scelta discrezionale – rispetto alla quale il sindacato giudiziale risulta limitato ai soli profili di evidente illogicità, di contraddittorietà, di ingiustizia manifesta, di arbitrarietà o di irragionevolezza – lo scopo della riorganizzazione è quello della riduzione e del progressivo superamento della frammentazione delle strutture operanti in un settore di particolare delicatezza, qual è quello della chirurgia oncologica, oltre che la riduzione della mobilità passiva: sicché, la libertà di scelta del paziente è stata ritenuta non assoluta, bensì coniugabile con la presenza di strutture effettivamente in possesso dei requisiti richiesti ormai quantomeno a livello nazionale.

Un altro ambito di particolare interesse è quello relativo all'uso dei farmaci.

Va rammentato che:

- i farmaci sono classificati a seconda della rimborsabilità o meno a carico del SSN;

- il tema dell'equilibrio di bilancio si intreccia con l'autonomia prescrittiva del medico, il quale se non deve gravare sull'erario – per esempio con una eccessiva prescrizione di farmaci – non può d'altro canto fare scelte che possano compromettere la salute del paziente per esigenze di bilancio⁷.

E' altrettanto noto che la competenza a fornire indicazioni sui farmaci è dell'organismo nazionale, l'AIFA, sia in una logica di garanzia di pari trattamento terapeutico per i pazienti dell'intero territorio nazionale; sia, per evitare eventuali scelte, a livello regionale, ispirate soprattutto ad esigenze di contenimento della spesa.

⁷ “...non è superfluo richiamare il contenuto precettivo dell'articolo 15 comma 11 ter del D.L. n. 95 del 2012, conv. in L. n. 135 del 2012 a mente del quale "Nell'adottare eventuali decisioni basate sull'equivalenza terapeutica fra medicinali contenenti differenti principi attivi, le regioni si attengono alle motivate e documentate valutazioni espresse dall'Agenzia italiana del farmaco".

Della richiamata disposizione il TAR ha offerto una lettura pienamente condivisibile all'uopo evidenziando come nel valorizzare attraverso l'equivalenza terapeutica la concorrenza tra farmaci che, sebbene fondati su diversi principi attivi, possano comunque garantire la stessa efficacia curativa, il legislatore ha inteso garantire i livelli essenziali di assistenza e l'uniforme erogazione, a livello nazionale, delle prestazioni sanitarie. La concorrenza determina, invero, un contenimento dei prezzi (rispetto a quelli "amministrati") dei farmaci posti in competizione e quindi ricadute benefiche nella prospettiva della complessiva sostenibilità della spesa sanitaria cui si correla la possibilità di erogare un maggiore volume di assistenza a parità di spesa. Nel contempo tale metodica non necessariamente si traduce in un abbassamento del livello di tutela della salute dei singoli pazienti ovvero in un'ingiustificata compressione della libertà di prescrizione dei medici che vanno, dunque, salvaguardate anche al costo di utilizzare un farmaco diverso da quello risultato più conveniente nella gara se lo impongono effettive ragioni terapeutiche.

La previsione normativa in esame si colloca, invero, all'interno di un intervento legislativo di più ampio respiro diretto a contenere la spesa pubblica per il settore sanitario ed è chiaramente dettata dalla necessità di garantire il giusto equilibrio tra le esigenze di adeguatezza e qualità della tutela della salute pubblica e la sostenibilità per il bilancio pubblico della relativa spesa...” (cfr. Consiglio di Stato n. 3190/2021 cit.).

Si veda, a tal proposito, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 29 settembre 2017, n. 4546: nel caso di specie la Regione Veneto aveva ritenuto di classificare come «*moderatamente raccomandato*» un farmaco nel trattamento delle pazienti con il carcinoma ovarico e nel trattamento del carcinoma mammario; e come «*non raccomandato*» un altro farmaco in altri casi.

E' stato, quindi, rilevato dal Giudice di appello che “...*Nei casi, come quello che anche qui è in esame, in cui il farmaco sia stato catalogato dall’A.I.F.A. come OSP (classe di dispensazione H) e, cioè, come utilizzabile esclusivamente in ambiente ospedaliero o in struttura ad esso assimilabile, la sua somministrazione deve intendersi, in particolare, come costitutiva dell’assistenza ospedaliera garantita dal Servizio Sanitario Nazionale, nella misura in cui la relativa indicazione terapeutica sia coerente con il trattamento ospedaliero della corrispondente patologia, per come cristallizzato nel d.P.C.M. del 29 novembre 2001 (e, ora, nel d.P.C.M. del 12 gennaio 2017, che ha aggiornato i LEA).*”

7.3. *Il trattamento ospedaliero include la somministrazione di farmaci e, nel caso di specie, di farmaci oncologici innovativi, come l’Avastin e il Perjeta, sicché rimane alle Regioni precluso stabilire, in senso riduttivo, i presupposti e i criteri di erogazione di un medicinale classificato dall’AIFA come OSP, posto che da tale limitazione deriverebbe, inevitabilmente, un vulnus ai LEA – livelli essenziali di assistenza – nella misura in cui l’assistenza ospedaliera comprende anche l’uso dei farmaci classificati, a livello statale, come funzionali alla cura della peculiare patologia affidata all’assistenza anche farmacologica garantita dal Servizio Sanitario Nazionale a tutti i cittadini, in condizioni di uguaglianza su tutto il territorio nazionale...*” (cfr. Consiglio di Stato n. 4546/2017 cit.).

Quindi, tali raccomandazioni sono state ritenute illegittime, avendo di fatto introdotto limiti aggiuntivi e stringenti controlli circa l’impiego di alcune terapie farmacologiche rispetto ai presupposti e ai requisiti già individuati a livello nazionale dall’AIFA, con correlativo condizionamento della libertà prescrittiva del medico e lesione anche dei diritti dei pazienti, discriminati in funzione della zona di residenza rispetto alla fruizione di terapie rientranti nei LEA.

4. Conclusioni

Può quindi conclusivamente affermarsi che la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla tutela dei diritti fondamentali in generale – e del diritto alle prestazioni sanitarie in particolare – costituisce oggi un punto fermo del diritto vivente non solo nelle materie di giurisdizione esclusiva, ma anche nella giurisdizione di legittimità, tutte le volte in cui questa abbia ad

oggetto l'esercizio di un potere che incide anche sulla posizione di diritto soggettivo fondamentale riconosciuta al soggetto, al lume, oltre che dell'art. 2 della Costituzione, anche dell'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce l'inviolabilità della dignità umana.

Non è un caso che, nella relazione sull'attività della Giustizia Amministrativa del 30 gennaio 2023, il Presidente del Consiglio di Stato Luigi Maruotti abbia sottolineato come *“il compito del Giudice amministrativo sia quello di garantire che, nelle materie di propria competenza, l'azione amministrativa incida solo quando risulti inevitabile sulle posizioni giuridiche soggettive e sulle libertà fondamentali”*, e che *“Il Giudice amministrativo, quale Giudice del potere pubblico, è diventato di conseguenza sempre più il Giudice dell'economia ed il Giudice dei diritti fondamentali incisi da atti dell'Autorità pubblica; e che “In questi ultimi anni, l'intervento dello Stato non ha riguardato soltanto il rilancio del sistema economico, ma ha avuto altresì ad oggetto la tutela della salute pubblica. La gravità della pandemia ha imposto misure eccezionali, che hanno inciso sui diritti fondamentali dell'individuo.*

Anche in questa fase, il Giudice amministrativo è stato attento a salvaguardare la legittimità dell'azione amministrativa, dimostrando di ben valutare e soppesare il delicato bilanciamento tra la tutela del bene supremo della salute pubblica e la salvaguardia dei diritti individuali. Ogni sforzo è stato profuso per dare un'interpretazione adeguata ed un'applicazione uniforme della legislazione dell'emergenza.

È così tornato centrale il tema dei diritti fondamentali e dei rapporti con gli altri diritti individuali, fondamentali e non, e con gli interessi della collettività”.

Bibliografia

NOCCELLI, Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali, in www.giustizia-amministrativa.it, anno 2018; GIUSTI, Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali, in *Questione Giustizia* n. 1 del 2021; MAZZAMUTO, la discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020; CAVASINO, Perché costruire il diritto alla salute come “diritto a prestazione” rende le forme normative dell'uguaglianza dipendenti dal limite economico-finanziario e ridimensiona l'effetto garantistico del “contenuto minimo essenziale”, Gruppo di Pisa, Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale; CAVASINO-TULUMELLO, La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza, in *Giurisprudenza italiana*; BUSCEMA, Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute, in *Consulta OnLine*; DI COSTANZO,

Allocazione delle risorse e tutela della salute nella giurisprudenza costituzionale, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2021.

(*) Relazione al convegno “Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali”, 20 ottobre 2023, T.A.R. Sicilia, Palermo.