

Articoli e saggi

La salute ai tempi della *spending review*: come conciliare il controllo della spesa sanitaria con l'effettività del diritto alla salute e della relativa tutela giurisdizionale

Mariaconcetta D'Arienzo*

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema. – 2. I tagli della spesa sanitaria e la crisi dei diritti sociali nelle politiche di *spending review*. – 3. Vincoli di finanza pubblica, potere amministrativo e tutela dei diritti fondamentali. – 4. I rischi connessi alle caratteristiche dimensionali e strutturali della Sanità. – 5. Conclusioni.

1. *Inquadramento del tema*

In un'intervista resa al quotidiano La Repubblica il 23 luglio 2013 Stefano Rodotà, stigmatizzando l'approccio della destra al rapporto tra i diritti sociali, l'economia ed il mercato, ha lanciato un monito contro «Un principio inaccettabile per la sinistra (che)... ridu(ce) la persona umana a homo oeconomicus, che si accompagna all'idea di mercato naturalizzato: è il mercato che vota, decide, governa le nostre vite. Ne discende lo svuotamento di alcuni diritti fondamentali come l'istruzione e la salute, i quali non possono essere vincolati alle risorse economiche (essendo, al contrario, intangibili ed) imprescindibili [...] (pena la violazione della) dignità (umana)».

Le parole dell'insigne giurista, politico e accademico recentemente scomparso, investono un problema risalente, ma ancora attuale e particolarmente sentito, rappresentato dalla sostenibilità nel tempo – anche per le generazioni future – del SSN che si misura con il raggiungimento degli obiettivi, dai limiti all'acces-

* Il presente contributo costituisce una versione ampliata, annotata ed aggiornata delle relazioni svolte al Convegno «Etica medica e spending review a confronto: Come coniugare efficacia scientifica, tutela della salute e risorse economiche», Università degli Studi di Napoli Parthenope, 18 ottobre 2017 ed al Seminario di studi «La Costituzione economica al tempo della crisi», Università degli Studi di Napoli "L'Orientale", 9 gennaio 2018.

so alle prestazioni e, quindi, dal futuro assetto dei rapporti tra potere amministrativo, diritti fondamentali e interessi economici¹.

La questione affonda le sue radici nella crisi economica e sociale che non è altro che una degenerazione della globalizzazione economica, un fenomeno che supera i confini nazionali per configurarsi in uno spazio globale, ed i cui «effetti collaterali» dal 2007 si propagano nel corso degli anni e ad oggi non accennano ad arrestarsi².

Gli ultimi dati e le statistiche del Censis sullo stato della sanità in Italia e, in particolare, sulla spesa sanitaria annuale, svelano un quadro tutt'altro che incoraggiante che alimenta il dibattito sul futuro dei diritti fondamentali (*id est*: del diritto alla salute) caratterizzato ora come negli anni a venire, come sembrerebbe, da «disparità crescenti, spesa privata e sanità negata».

Viene da chiedersi se il SSN possa ancora considerarsi un sistema universale ovvero, più verosimilmente, un privilegio per pochi «al tempo dell'universalismo selettivo» al fine di garantire l'equilibrio di bilancio³ e, conseguentemente, la salu-

¹ La questione ha delle origini piuttosto remote. Si rinvia a M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986. Id., *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, 1984, 24 ha evidenziato lo stretto legame esistente tra il concetto e la rilevanza della finanza pubblica e la spesa sociale trattandosi di due grandezze direttamente proporzionali.

² Cfr., *amplius*, in proposito, S. Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2006, 325 ss. M. D'Alberti, *La crisi globale e la sorte dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. sc. giur.*, n. 4/2013, 195 ss. il quale ripercorrendo le origini della globalizzazione economica ha precisato, altresì, che solo nel Novecento «ha preso corpo in modo assai consistente anche quella che potrebbe definirsi la globalizzazione giuridica, essendosi potenziata sensibilmente la portata e l'influenza degli ordinamenti sovranazionali, delle organizzazioni internazionali e dei cosiddetti regolatori globali». Alla fine del '900 si collocano le principali e più significative riforme amministrative, tra cui, per quanto qui importa, viene in rilievo la disciplina dei controlli sulla gestione del danaro pubblico della cui necessità non si dubita, ma che in concreto è difficile da attuare nel momento in cui esso si traduce nella verifica formale del rispetto delle regole stabilite dalla legge, che non ha nulla a che vedere con l'accertamento «d(e) funzionamento effettivo (che dipende) da attività più che da atti, dalla capacità di soddisfare le richieste dei cittadini e degli utenti (efficacia) e dal miglior uso possibile delle risorse finanziarie e organizzative disponibili» (così, M. Cammelli, *La pubblica amministrazione. Com'è cambiata ai tempi della spending review*, Bologna, 2014, 110). M. D'Alberti, Atti dell'incontro «Corruzione e cultura della legalità», Roma – Villa Torlonia, 29 ottobre 2014, 51 e 53, a proposito dell'inefficacia dei controlli quale concausa del dilagare della corruzione, ricordando il Maestro M.S. Giannini, ha evidenziato che «alcune ispezioni e controlli [...] sono basati [...] sull'empiria del caso per caso: ci sono, da un lato, controlli caratterizzati da massima rigidità e severità; d'altro lato, c'è il contrario di tutto ciò, in altre parole controlli fragili e deboli nei confronti dei controllati. È necessario passare dall'empiria del caso per caso all'adozione di criteri omogenei [...] rimodula(ndo) i controlli». La crisi finanziaria globale è sfociata nella crisi economica che ha determinato la crisi fiscale cui l'Italia ha inteso porre rimedio con il taglio delle spese e l'aumento della pressione fiscale che, tuttavia, hanno generato un consistente debito pubblico ed una serie di altre disfunzioni chiaro sintomo di una crisi sistemica soprattutto in alcuni settori (basti pensare all'impennata della spesa pubblica in Sanità e Tutela della salute dal 2002 fino ai giorni nostri). Di qui l'avvio negli anni 2006-2007 delle politiche di *spending review* che tuttavia nel tempo, perdurante la crisi, è stata attuata mediante il ricorso a tagli lineari in luogo di più efficaci e probabilmente risolutivi interventi strutturali che hanno minacciato la sostenibilità della spesa pubblica a fronte di prestazioni qualitativamente e quantitativamente sempre più scarse.

³ Le espressioni tra virgolette sono tratte dall'ultimo rapporto Censis sulla Sanità pubblica del 2017.

te come bene comune⁴ o solo di alcuni se «oggi (e, *rebus sic stantibus*, anche nel prossimo futuro) il fabbisogno sanitario degli italiani non trova piena copertura nell'offerta di servizi e prestazioni del servizio sanitario pubblico» specie al Centro ed al Sud del Paese, all'esito ed in costanza dell'articolato e complesso processo di revisione della spesa pubblica volto al risanamento ed alla messa in sicurezza dei conti pubblici.

In un panorama quanto mai incerto e contraddittorio appare sempre più difficile trovare un equilibrio accettabile tra diritti, valori ed interessi così diversi ed eterogenei tra loro, a maggior ragione se solo alcuni di essi scontano il «costo» della crisi.

Prova ne è che le recenti riforme introducono correttivi e «tagli lineari» tra beni-interessi disuguali alimentando sfiducia e disillusione tra i cittadini-utenti che vedono sistematicamente negati i propri diritti.

La progressiva ed inesorabile recessività dei diritti primari e, quindi, della solidarietà sociale – che si sostanzia nell'offerta di servizi per i singoli e per la collettività – in favore del mercato appare ancora più sorprendente se solo si considera che la salute rappresenta un elemento essenziale di qualsiasi strategia di politica europea che si proponga di eliminare i fattori che ostano al miglioramento dei livelli di salute e benessere che, a loro volta, favoriscono la crescita, lo sviluppo e la competitività a livello nazionale, internazionale ed europeo in molti dei settori produttivi del Paese⁵.

⁴ Cfr., in proposito, L. Benci, *La salute come bene comune, gli ospedali in project financing e la spending review*, in *Bioetica* 1-2/2014, 47 ss. ha sottolineato la difficoltà di inquadramento, l'incertezza definitoria e la «sovrapponimento terminologica tra "bene comune" (al singolare) e "beni comuni" (al plurale), qualifica «la salute come bene immateriale e un bene comune» precisando, altresì, che «(tale) concezione [...] nasce dalla consapevolezza che la salute non possa che considerarsi un bene globale e indivisibile, insuscettibile di essere frazionato. La tutela della salute nella sua completa accezione così come riconosciuta, da decenni, anche dall'Organizzazione mondiale della Sanità». Sul punto si tornerà più diffusamente in seguito in senso critico sulla presunta indivisibilità e globalità dei diritti fondamentali (*id est*: diritto alla salute).

⁵ Il riferimento, pressoché immediato e diretto, è alla Strategia «Salute 2020: un modello di politica europea a sostegno di un'azione trasversale al governo e alla società a favore della salute e del benessere» reperibile sul sito *Salute.gov.it* pubblicato in inglese dall'WHO Regional Office for Europe nel 2013 con il titolo «Health 2020: a European policy framework supporting action across government and society for health and well-being». Riprendendo i principi e gli obiettivi strategici del «Libro Bianco Un impegno comune per la salute: approccio strategico dell'UE per il periodo 2008-2013» essa si propone di «migliorare in modo significativo la salute e il benessere delle popolazioni, ridurre le disuguaglianze di salute, rafforzare la sanità pubblica e garantire sistemi sanitari con al centro la persona, universali, equi, sostenibili e di alta qualità» sottolineando che la Salute è un bene indefettibile dell'individuo, una risorsa per la collettività, una condizione imprescindibile per favorire la ripresa e lo sviluppo economico, rimarcandone il ruolo nell'economia degli Stati europei. A tal fine, la Strategia 2020 ha individuato quattro ambiti di intervento prioritario (1: Investire sulla salute considerando l'intero arco della vita e mirando all'empowerment delle persone; 2: Affrontare le principali sfide per la salute dell'Europa: le malattie non trasmissibili e trasmissibili; 3: Rafforzare i servizi sanitari con al centro la persona, le capacità in sanità pubblica e la preparazione, la sorveglianza e la risposta in caso di emergenza; 4: Creare comunità resilienti e ambienti favorevoli). Essa promuove i valori guida per l'organizzazione ed il finanziamento dei sistemi sanitari (universalità, solidarietà, equità di accesso che, a loro volta, postulano la sostenibilità, la qualità, la trasparenza).

Per non parlare delle ulteriori conseguenze che scaturiscono dall'impoverimento (*rectius*: indebitamento) di intere categorie di cittadini dovuto all'incremento della spesa sanitaria pubblica e privata, quali marginalità sociale, precarietà economica, deprivazione culturale, solitudine, *deficit* di cittadinanza, ecc. del singolo e della collettività che appaiono ancora più gravi e paradossali confrontando la situazione attuale con le aspettative riposte sulla razionalizzazione della spesa e sulle misure di austerità sul piano dello sviluppo sociale ed economico, della tutela dei diritti, dell'inclusione e della cittadinanza.

Da tempo, infatti, le esperienze di *spending review* hanno svelato realtà molto diversificate da regione e regione e, in molti casi, si sono rivelate fallimentari suscitando critiche e perplessità l'impatto diretto e indiretto sul sistema economico di gestioni sconsiderate ed irresponsabili delle risorse che, infatti, si sono rivelate del tutto inadeguate rispetto ai bisogni ed ai diritti degli utenti, ai quali tra l'altro vengono imposti sacrifici economici significativi, pur in assenza di un effettivo vantaggio in termini di rendimento delle risorse disponibili o di crescita socio-economica.

Il tema dal carattere trasversale, multidisciplinare o interdisciplinare intercetta, al contempo, la recente riforma della responsabilità degli esercenti la professione sanitaria la quale, com'è noto, si pone obiettivi molto (forse anche troppo) ambiziosi, tra cui, per quanto qui importa, la razionalizzazione dei costi della sanità e la ricerca di un difficile punto di equilibrio nei rapporti medico/paziente, investendo, altresì, la relazione che intercorre tra sanità, politica e corruzione.

Lo scritto affronta il problema della sostenibilità del SSN (previa verifica della corrispondenza tra il fabbisogno di salute della popolazione e l'offerta di servizi e prestazioni), della qualità dell'assistenza e dell'accesso alle cure e si pro-

za, la responsabilità, l'equità di genere parità dei sessi, la dignità e il diritto a prendere parte ai processi decisionali) invitando i Governi ad adottare strategie efficaci che consentono di raggiungere responsabilmente gli obiettivi comuni ad un costo sostenibile e nei limiti delle risorse disponibili grazie ad una leadership efficace e ad un utilizzo efficiente delle risorse. In epigrafe al documento si legge, infatti: «Un buono stato di salute produce benefici in tutti i settori e nell'intera società e rappresenta una risorsa preziosa. Un cattivo stato di salute si traduce in uno spreco di potenzialità, è causa di disperazione e comporta perdita di risorse in tutti i settori. Mettere gli individui in grado di esercitare un controllo sulla propria salute e i suoi determinanti rafforza le comunità e migliora la vita». A maggior ragione, quindi, lascia perplessi il costante incremento del «deficit democratico, o deficit sociale» dovuto al «la persistente prevalenza degli imperativi economici sugli interessi pubblici e sui valori e diritti sociali» che unitamente alla grave e perdurante crisi economica e le scelte legislative di recente operate in Italia non ha favorito certamente il miglioramento ed il mantenimento di un livello di salute pari a quello degli altri Paesi, anzi, come si avrà modo di specificare in seguito, hanno avuto un impatto negativo sui diritti sociali primari contribuendo ad incrementare le disuguaglianze, al punto da mettere in pericolo la sostenibilità del SSN e del Welfare, vanificando gli sforzi dell'UE che ha riservato un'attenzione sempre crescente nei confronti di tali diritti da un punto di vista sia sostanziale che processuale. In tale direzione, appare quanto mai necessario ed urgente che le Regioni recepiscano le direttive europee nei Piani sanitari regionali che nel rispetto del Lea e compatibilmente con i limiti imposti dai vincoli di bilancio, individua le azioni da intraprendere in via prioritaria al fine di raggiungere gli obiettivi stabiliti in base alle esigenze della collettività di riferimento (*in primis*, l'appropriatezza e la qualità delle cure a costi ragionevoli e senza alcuna discriminazione anche in base al reddito).

pone di verificare l'adeguatezza degli strumenti utilizzati per fronteggiare e superare la crisi.

A tal fine, prendendo atto di quelle che sono le priorità dell'agenda politica ed il posto che vi occupa l'emergenza sociale, l'indagine evidenzia tutti quei fattori che – generando o consolidando rendite di posizione, privilegi e disuguaglianze – ostano all'assunzione di provvedimenti mirati che si traducano in misure integrative di supporto e di rivitalizzazione dell'economia al fine di promuovere la «crescita sostenibile», la coesione e lo sviluppo economico e sociale attraverso la redistribuzione delle risorse e di favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona⁶.

La difficoltà di conciliare austerità e diritto alla salute – soprattutto con riferimento ai soggetti appartenenti alla fasce deboli ed ai malati non autosufficienti – suggerirebbe piuttosto l'adozione da parte dei sistemi nazionali e locali di «correttivi» al fine di ristabilire livelli di salute accettabili per i cittadini eliminando o quando meno riducendo le differenze legate allo stato sociale, al livello culturale, reddituale, di istruzione ed informativo che oggi comportano la sovraesposizione al rischio di contrarre malattie anche gravi (lo dimostra il progressivo aumento delle patologie croniche e tumorali ed il peggioramento delle condizioni di salute dei malati gravi bisognosi di prestazioni mediche e servizi socio-assistenziali costanti, ma soprattutto costosi, la cui aspettativa di vita si assottiglia sempre più)⁷, limitando – in alcuni casi sensibilmente – le probabilità di sopravvivenza o determinando esiti diversi della malattia.

Trattasi, evidentemente, di interventi necessari ed indifferibili in base alla consapevolezza, ormai acquisita, della indubbia incidenza dei livelli socio-economici, ovvero dei determinanti sociali e delle condizioni economiche su quella che pacificamente rappresenta la più importante dimensione sociale della popolazione, la salute appunto, sugli esiti delle cure e sullo stile di vita di determinati gruppi di persone.

⁶ Cfr. M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, a cura di E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia, Torino, 2011, 14 secondo cui le sperequazioni dipendono appunto non dall'assenza o insufficienza delle risorse ma da una non corretta distribuzione delle stesse.

⁷ Se è vero, da un lato, che l'Italia rispetto agli altri Paesi europei detiene il record della longevità, dall'altro, è altrettanto vero che il costo consumi sanitari degli anziani porta con sé problemi finanziari, organizzativi e sociali tutt'altro che trascurabili.

2. *I tagli della spesa sanitaria e la crisi dei diritti sociali nelle politiche di spending review*

La riflessione su buon andamento, efficienza e valutazione delle *performance* nella Sanità induce alcune considerazioni sulle politiche di *spending review*, un fenomeno multiforme e multidirezionale ancora *in fieri* e di cui non è possibile determinare *a priori* gli effetti, né stabilire con esattezza l'entità delle conseguenze.

Non è certamente questa la sede per ripercorrere pedissequamente le tappe del cambiamento che pur avendo delle origini piuttosto remote è ancora drammaticamente attuale. Si è scelto, pertanto, di richiamare solo alcuni concetti fondamentali nei limiti in cui ciò può tornare utile ad evidenziare il rapporto di causa effetto che intercorre tra l'introduzione dei vincoli di bilancio, la rimodulazione della spesa pubblica e le altre misure adottate per contrastare la crisi economica sull'effettività dei diritti sociali (*in primis* il diritto alla salute) e la tutela giurisdizionale⁸.

Ciò nella consapevolezza della centralità che ha assunto il tema della revisione della spesa in seguito agli effetti prodotti dalla crisi fiscale ed economico-finanziaria ed al fallimento dei tentativi di arginare la crescita della spesa pubblica avviati già a partire dai primi anni '90.

È noto, infatti, che gli interventi che si sono susseguiti nel corso degli anni non hanno sortito gli effetti sperati soprattutto perché scontavano tutti un difetto di impostazione e di metodo in quanto proprio la constatazione della varietà dei fattori scatenanti l'aumento esponenziale della spesa pubblica avrebbe dovuto indurre il legislatore ad optare per una riforma più organica per un più agevole raggiungimento degli obiettivi prefissati, vale a dire la razionalizzare dell'utilizzo delle risorse e la garanzia della qualità dei servizi e delle prestazioni nell'interesse degli utenti⁹.

⁸ D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in AIC n. 4/2013 ha sottolineato l'importanza dell'introduzione dei diritti sociali in Costituzione per valutarne l'effettività in tempo di crisi dei cd. diritti a ricevere prestazioni positive «stante la loro strutturale predisposizione a soddisfare l'universo dei bisogni della persona in una prospettiva di solidarietà sociale, [...] risent(ono) maggiormente della congiuntura negativa che oramai si protrae da diversi anni».

⁹ A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in AIC n. 1/2017, spec. § 4 ha individuato le principali cause dell'insuccesso delle misure anticrisi poste in essere dai Governi europei passando in rassegna le fasi che scandiscono l'adozione dei provvedimenti più significativi che evidenziano comunque una tendenziale assenza di coordinamento perdurante almeno fino alla firma del Fiscal Compact considerato dalla Corte costituzionale «la più matura reazione degli Stati Europei a fronte dell'eccessivo indebitamento pubblico cagionato, tra l'altro, dallo scoppio della crisi economica del 2008» che ha portato alla modifica degli artt. 81 e 97 Cost. suscitando una reazione a catena con effetti significativi sulle famiglie e sulle imprese. Da quel momento in poi le misure di contenimento della spesa pubblica hanno amplificato la già evidente e chiaramente percepita tensione in atto tra i valori economici e i diritti sociali che «costano» e, pertanto richied(ono) precise politiche di spesa e che «lo Stato (dovrebbe) garantire in quanto possono attenuare le differenze sociali» assicurando una maggiore efficienza e stabilità al sistema Paese (Il virgolettato è dell'A.). In argomento, cfr., inoltre, L. Car-

Osservando l'andamento delle riforme dagli anni '90 ai giorni nostri ciò che balza immediatamente all'occhio è il progressivo aggravarsi dei «sintomi» della crisi economico-finanziaria che nel frattempo è diventata sistemica, investendo già alle soglie del 2000 la Sanità e, quindi, la salute dei cittadini, una risorsa che in una società complessa che vive da tempo una situazione di difficile sostenibilità finanziaria lo Stato dovrebbe proteggere ed, al contempo, il cittadino gestire in maniera responsabile.

A ben vedere, invece, soprattutto nel comparto sanitario gli interventi di razionalizzazione della spesa anziché comportare una riduzione degli sprechi si sono sostanziati in molte Regioni in aumenti delle addizionali IRPEF e nella riduzione dell'erogazione delle prestazioni sanitarie sottraendo una quota consistente di risorse in origine destinata al rafforzamento della protezione dei diritti sociali ed alle prestazioni sanitarie, trasfigurando il servizio universale che con il tempo è diventato sempre più selettivo (all'esito di un processo di «privatizzazione» dei diritti sociali già avviato e tutt'ora in corso) ed oneroso per gli utenti (soprattutto nelle regioni in disavanzo sanitario o in regime di commissariamento che si ripercuote sui livelli quantitativi e qualitativi di assistenza ad oggi molto diversificati da regione a regione in relazione ai rispettivi bilanci economici), emblema di inefficienza nella gestione del danaro pubblico già nel corso del Governo Monti¹⁰.

Sulla scia di una tendenza sviluppatasi fin dal 2005, si è registrata l'assunzione di provvedimenti *ad hoc* volti al contenimento della spesa pubblica, con una progressiva accelerazione in seguito all'aggravarsi della crisi fiscale, economica e finanziaria che sul finire del 2011 è arrivata a toccare livelli altissimi, tali da minacciare la stessa solvibilità del Paese. Da questo momento in poi l'obiettivo del Governo è stato quello di mettere al sicuro i conti pubblici al fine di ripri-

lassarre, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*; A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni cost.*, n. 1/2014, 79 ss.; D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *AIC* n. 4/2013; C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, ivi; C. Pinelli, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Torino, 2012; Id., *Il discorso sui diritti sociali all'epoca della crisi economica*, in *Europeanrights.it*.

¹⁰ Cfr. C. Franchini, *La spending review e il riordino della pubblica amministrazione nazionale*, in *Amministrazioneincammino.it* ha evidenziato che nel Rapporto sulla *Spending Review* intitolato «Elementi per una revisione della spesa pubblica» tra le «anomalie di sistema» figurava proprio «il costo della produzione dei servizi pubblici» nel comparto della sanità. L. Fiorentino, *Il decreto "spending review. Decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 7 agosto 2012, n. 135. Oltre la straordinarietà*, in *Giornale di diritto amm.*, n. 12/2012, 1162 ha opportunamente rilevato che «Molti, infatti, partendo dalla constatazione di una gestione spesso non oculata delle risorse pubbliche, sostengono un ridimensionamento del ruolo dello Stato. Si dimentica così che quando si parla di Stato si parla non soltanto degli apparati, ma anche dei servizi di cittadinanza, in primo luogo di scuola e sanità». Per un ulteriore approfondimento, cfr. N. Di Vivo, *La spesa sanitaria*, ivi, 1185 ss.

stinare la fiducia dei cittadini e la credibilità del Paese nel contesto internazionale ed europeo.

Gran parte degli interventi si è concentrata sul fronte della *spending review*, nel tentativo di arginare i danni e gli altri inconvenienti provocati dalla logica dei tagli lineari alla Sanità sulla qualità e quantità dei servizi offerti, e nella consapevolezza che la revisione della spesa pubblica, attuata riconsiderando le priorità in funzione del miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza, postula l'abbandono dei «tagli alla spesa» e l'avvio di nuove procedure che assicurino una più efficiente allocazione delle risorse con la riduzione della spesa rispetto al PIL e la fornitura di servizi pubblici di qualità a costi accessibili per gli utenti.

All'esito del processo di riforma invero ancora in corso, è quanto mai necessario fare il punto sulla sostenibilità del SSN e delle politiche per la tutela della salute alla luce dei principi di universalità, solidarietà, equità, e dei vincoli di finanza pubblica che intaccano la disponibilità delle risorse e della grave e perdurante crisi economica che incide sui livelli di benessere, sulle priorità politiche, sui bisogni di cure e sulle scelte dei cittadini.

Tali aspetti, singolarmente e complessivamente considerati, svelano una situazione fortemente disomogenea, contraddittoria e, a tratti, sconcertante. Senza anticipare nulla di quanto si dirà in seguito, ad un sommario esame dei dati e delle statistiche recenti sembrerebbe, infatti, da un lato, che il SSN si colloca ben al di sopra della media internazionale ed europea per quanto concerne il rapporto tra i livelli di spesa e la qualità dei servizi resi alla collettività (il che si riflette sulla aspettativa di vita e sui livelli di salute dei cittadini), dall'altro, che a causa dei tagli alle risorse umane, strumentali e tecnologiche, soprattutto nelle regioni in difficoltà, le misure restrittive hanno prodotto numerosi effetti negativi che ne hanno condizionato l'efficacia e che con il tempo hanno portato il SSN al collasso, incrementandosi le disuguaglianze sociali e territoriali tra le Regioni, con grave pregiudizio per la salute dei cittadini.

E benché gli interventi che si sono susseguiti numerosi, soprattutto negli ultimi anni, di concerto tra lo Stato e le Regioni abbiano prodotto risultati apprezzabili riducendo il disavanzo della spesa sanitaria¹¹, gli effetti della crisi economica e dei vincoli di bilancio hanno messo a dura prova la tenuta del sistema in un settore che, tra l'altro, pur essendo un valore ineludibile ed un pilastro fondamentale per l'economia e la crescita del Paese (e indirettamente produce effetti di rilievo anche in altri settori), è stato ed è tuttora troppo spesso considerato fonte di sprechi, inefficienze e bassa produttività, al punto da essere da tempo trascurato dal Governo che ha così più o meno scientemente invertito l'ordi-

¹¹ Come evidenziato dalla Corte dei Conti nel citato ultimo Rapporto sul Coordinamento della Finanza pubblica.

ne di priorità dei cittadini (in cui la salute occupa il primo posto), per far fronte all'incremento di disoccupazione e di povertà nella speranza di recuperare efficienza e trovare nuove risorse¹².

Ciò non deve meravigliare, anzi, costituisce la prova evidente della supremazia del potere del mercato sulla salute, confermata da una serie di fattori concomitanti e significativi, quali l'aumento dei ticket su medicinali e pronto soccorso ed il conseguente incremento del livello di insoddisfazione degli utenti (a causa della riduzione indiscriminata dell'offerta dei servizi) che si vedono limitare o, in alcuni casi addirittura negare l'accesso alle prestazioni ed alle cure, in Italia più che in altri Paesi europei.

In tale contesto, anche l'ampliamento e la rivalutazione dei LEA in funzione della prioritaria salute dei cittadini rischia di non sortire gli effetti sperati se, come pare, le Regioni non hanno i mezzi finanziari per attuarli, così come si assottiglia notevolmente la concreta possibilità di «allineare progressivamente la spesa italiana in rapporto al PIL a quella media europea» (Risoluzione DEF 2017 approvata il 26 aprile 2017) stante l'esiguità del finanziamento stanziato nella legge di Bilancio 2018 per investire in competenze, esperienze, professionalità, innovazione, ecc. che rappresentano i valori fondamentali alla base di qualsiasi politica pubblica (non solo sanitaria) per lo sviluppo ed il rilancio economico del Paese.

Ciò posto in linea generale, nel dettaglio l'indagine prende le mosse dal Rapporto 2017 della Corte dei Conti sul Coordinamento della finanza pubblica del 5 aprile u.s.¹³, dalle stime ISTAT sul sistema dei conti della sanità riferite al periodo 2012-2016 e dai risultati del Rapporto Censis sulla sanità pubblica, privata e integrativa illustrati in occasione del Welfare Day 2017 del 7 giugno u.s. da cui ho estrapolato alcuni passaggi particolarmente significativi in cui si condensano le principali criticità (*rectius*: cronicità) delle politiche di *spending review* degli ultimi anni¹⁴.

¹² La crisi economica e, quindi, la riduzione delle risorse è destinata ad ampliare, anziché ridurre l'impoverimento dei cittadini che, pertanto, a causa delle condizioni economiche precarie in cui versano, non possono ricorrere alla spesa privata.

¹³ Corte conti, Delibera n. 3/SSRRCO/RCFP/17, reperibile sul sito *Corteconti.it*

¹⁴ Cfr. G. Orientale Caputo, *Salute, sanità e disuguaglianze sociali. Dalle strategie europee alla realtà campana*, Milano, 2017 ha illustrato i risultati del rapporto di ricerca frutto della collaborazione tra la Funzione Pubblica CGIL della Campania ed il Dipartimento di Scienze Sociali dell'Università degli Studi di Napoli Federico II individuando «gli aspetti positivi (ma anche e soprattutto) quelli negativi, dovuti spesso a fenomeni degenerativi che determinano l'inefficacia (degli interventi) e l'inefficacia dell'azione e della gestione» incrementando il senso di sfiducia delle nuove generazioni nei confronti delle Istituzioni, della politica e delle capacità di gestione delle risorse da parte della p.a. La situazione della sanità in Campania dimostra inequivocabilmente l'incapacità di affrontare «il tema della salute disuguale (che) rappresenta una delle forme più discriminanti delle società occidentali», oltre che una «questione sociale, (una) tematica individuale (ed una) [...] sfera delicatissima su cui intervenire (ed un problema da affrontare con una certa serietà) [...], poiché significa occuparsi dei meccanismi di regolazione della società nel suo complesso e dunque capirne le logiche più o meno inclusive o più o meno palesemente tese a subordinare tutte le dimensioni della vita alle necessità di pareggiare bilan-

Frutto di un'intensa e costante attività di monitoraggio avviata da circa otto anni – il Rapporto della Corte dei conti offre utili «elementi (di valutazione) sui risultati realmente conseguiti con i provvedimenti economico finanziari, sulle dinamiche sottostanti i grandi aggregati di spesa e di entrata, sulle Istituzioni che presiedono al [...] coordinamento nel territorio nazionale».

Il documento fotografa l'esistente evidenziando, da un lato, la situazione attuale della sanità pubblica alla luce dell'evoluzione storica delle politiche e della legislazione sanitaria che «tra efficienza e qualità dell'offerta pone in luce l'efficacia di un sistema di responsabilizzazione della spesa costruito negli anni e fondato su una attenta attività di monitoraggio e un quadro informativo che contribuisce a potenziarne l'efficacia» e, dall'altro, lo stato della spesa sanitaria nell'anno 2016 che «in un quadro economico finanziario ancora particolarmente stringente, soprattutto in confronto con i principali partner europei (specialmente Francia e Germania)», svela numerosi e persistenti ritardi ed inefficienze¹⁵.

In effetti, sono evidenti gli effetti distorsivi prodotti da alcune misure di contenimento della spesa pubblica che di fatto ostacolano, al di là di ogni ragionevolezza¹⁶, il godimento dei diritti sociali¹⁷, oltre che il raggiungimento dei risultati attesi quali il «riassorbimento degli squilibri strutturali mediante la razionaliz-

ci e ridurre costi». In ogni caso la sanità sembrerebbe riacquistare quella «centralità (tale per cui) è (stata considerata) al contempo causa e conseguenza delle distorsioni e delle differenze storiche economiche e sociali» (Il virgolettato è dell'A.).

¹⁵ È soprattutto in contesti particolarmente difficili che la Salute ha perso progressivamente la connotazione originaria e tipica di «diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività» per essere asservito alle ragioni economiche e di mercato sottese alle scelte operate che certamente non ne esaltano la dimensione sociale e valoriale, né le potenzialità economiche che, al contrario, risultano in gran parte oblite, incrementandosi le disuguaglianze tra il Nord ed il Sud del Paese. Il che, naturalmente, finisce per indebolire il sistema mettendone a dura prova la resistenza e la tenuta dei diritti sociali che «nascono proprio per tentare di assottigliare le differenze di natura (principalmente quelle sociali ed economiche) esistenti tra gli appartenenti ad una determinata società politica ... in quanto finalizzati all'integrazione nella società delle persone più deboli» (A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *AIC* n. 1/2017, 14).

I ritardi e le inefficienze cui si è accennato derivano dal difettoso coordinamento tra Stato e Regioni che è la principale causa delle disfunzioni e distorsioni riconducibili ai fattori che generano la corruzione (complessità strutturale, organizzativa e dei processi decisionali) e si riferiscono non solo «all'assistenza domiciliare agli anziani [...], all'offerta di posti equivalenti in strutture residenziali per anziani non autosufficienti e per disabili (la cui aspettativa di vita in buona salute è inevitabilmente ridotta rispetto alla media europea e tra il Nord ed il Sud del Paese) e la dotazione di posti letto in strutture *hospice*, ma anche ad altri settori rischia(ndo) di riverberarsi sulla stessa possibilità di garantire i livelli essenziali (di assistenza) e sulla qualità dei servizi offerti [...]

¹⁶ Non a caso la Corte costituzionale li qualifica «diritti finanziariamente condizionati». Cfr., *ex multis*, Corte cost., 28 luglio 1993, n. 355; 17 luglio 1998, n. 267 e 20 novembre 2000, n. 509. Più di recente, cfr. Corte cost., 27 luglio 2011, n. 248.

¹⁷ Di regola il «margine di apprezzamento» del legislatore è nettamente delimitato dalla definizione del contenuto essenziale dei diritti; essa, tuttavia, è ancora inevitabilmente frutto di una valutazione dai confini incerti e mobili, nonostante l'impegno profuso dalla Corte costituzionale nella fissazione di criteri concreti ed oggettivi, auspicando parallelamente interventi maggiormente orientati alla «funzione sociale» ed al soddisfacimento dei bisogni primari.

zazione dell'offerta e, in particolare, dei servizi ospedalieri» in assenza di una più attenta, efficiente ed appropriata gestione delle risorse.

In tale contesto «La pretesa ad una sana gestione finanziaria assume una rilevanza giuridica che travalica la sfera organizzativa per collocarsi ormai e definitivamente nell'ambito del rapporto tra p.a. e cittadini come pretesa della collettività a realizzare, con le risorse disponibili, i bisogni che essa esprime»¹⁸ anche in tempi di crisi e di scarsità di risorse che impongono l'adozione di misure di contenimento della spesa.

Questa è (o dovrebbe essere) la *ratio* della legge di riforma costituzionale n. 1/2012¹⁹ che ha stravolto la stessa nozione di P.A.²⁰, sancendo l'obbligo delle pp.aa. di assicurare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico (limitando il ricorso all'indebitamento al verificarsi di eventi eccezionali e previa autorizzazione delle Camere), elevando tali esigenze (o valori) al rango di principi costituzionali «scalzando» e conformando i principi di imparzialità e buon andamento.

Quest'ultimo, in particolare, ha assunto il significato di «sana gestione finanziaria» in funzione dei diritti e bisogni delle generazioni future e l'equilibrio di bilancio al fine di scongiurare il rischio, invero più che paventato, che «in mancanza di reperimento di nuove risorse e in assenza di segnali di crescita economi-

¹⁸ M. Interlandi, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli, 2013, 76. Sui presupposti del danno in questione, cfr., da ultimo, Corte conti, Sez. giur. Marche, 15 febbraio 2018, n. 11.

¹⁹ Ci si intende riferire alla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, recante «Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale». Tra i primi commentatori della legge n. 1/2012, cfr. G. Rivosecchi, *Il cd. Pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *AIC* n. 3/2012; Id., *La legge di bilancio e leggi di spesa tra vecchio e nuovo art. 81 della Costituzione*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Atti del Convegno di Varenna – Villa Monastero, 20-22 settembre 2012, Milano, 2013; A. Brancasi, *L'introduzione del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2012, 1, 198; Id., *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Osservatoriosullefonti.it*; Id., voce *Bilancio* (equilibrio di), in *Enc. dir.*, Milano, 2014, *Annali*, vol. VII, p. 178 ss.; M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid-online.it*; F. Bilancia, *Note critiche sul cd. "pareggio di bilancio"* in *AIC*, n. 2/2012; G. L. Tosato, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Cortecostituzionale.it*; D. Cabras, *Su alcuni rilievi critici al cd. pareggio di bilancio*, ivi; G. Bognetti, *Il pareggio di bilancio nella carta costituzionale*, ivi; N. Lupo, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*; I. Ciolli, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *www.gruppodipisa.it*; Id., *I Paesi dell'eurozona ed i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *Rivistaaic.it*; Id., *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *Gruppodipisa.it*; A. Morrone, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *AIC*, n. 1/2014.

²⁰ Cfr., in proposito, W. Giulietti, M. Trimarchi, *Nozione finanziaria di pubblica amministrazione e armonizzazione dei bilanci*, in Atti del Convegno «1865-2015: a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana», Firenze 16-16 ottobre 2015, 3 e ancor più di recente, P. Gotti, *La problematica "nozione finanziaria" di pubblica amministrazione, l'elenco Istat e la regola della spending review*, in *Dir. amm.*, fasc. 1-2/2016, 177 ss., spec. § 5.

ca del Paese, le risorse s(ia)no inevitabilmente destinate a soddisfare le esigenze impellenti della sola generazione presente»²¹.

La difficoltà di dare coerenza a un quadro costituzionale che valorizza il diritto alla salute ma impone il pareggio di bilancio, si appalesa attraverso una ricognizione più puntuale delle sentenze della Corte Costituzionale che anche di recente è tornata ad occuparsi del difficile rapporto tra attuazione dei diritti sociali e vincoli di bilancio, verificando la compatibilità con la Costituzione dei sacrifici economici imposti ai cittadini anche in tempo di crisi.

Le criticità della legislazione e del sistema – frutto del decentramento delle competenze e della peculiare situazione venutasi a creare per cui «l'organizzazione sanitaria è diventata competenza residuale regionale e il diritto alla salute si è ritrovato a vivere nel crocevia di due coordinate: da un lato lo Stato che finanzia il Fondo sanitario nazionale, dall'altro le Regioni che realizzano concretamente i due sistemi di cura»²² portando su di sé il peso della responsabilità delle scelte imposte dai tagli al finanziamento del diritto alla salute – emergono in molte pronunce in cui si registra la prevalenza accordata al principio dell'equilibrio di bilancio (statale, regionale e locale) che finisce per assumere un ruolo «imperioso» e «tiranno», incompatibile con l'esigenza di bilanciamento «ineguale» tra interessi eterogenei di pari rango.

A conclusioni diametralmente opposte si giunge ammettendo che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»²³ a maggior ragione nelle mate-

²¹ M. Luciani, *Generazioni future e distribuzione temporale della spesa pubblica*, in *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco, A. D'Aloia, Napoli, 2008; N. Lupo, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra generazioni. Notazioni sparse*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*. Il virgolettato è di V. Valenti, *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche*, Torino, 2013, 122.

²² Così, L. Antonini, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017. M. Morana, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *AIC*, n. 1/2018, 9 ove si afferma «Quando si ragiona di competenze per la tutela del bene salute e per la tutela del diritto alla salute sono chiamati in causa molteplici titoli competenziali che quasi sempre si condizionano reciprocamente, si accavallano nelle concrete discipline, interferiscono e si sovrappongono dinamicamente». In particolare si verifica che la previsione della legislazione esclusiva statale in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», è tale per cui lo Stato risulta dotato di un «fondamentale strumento per garantire il mantenimento di un'adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti» (compreso il diritto alla salute), ed è nella condizione di cagionare una «rilevante compressione dell'autonomia regionale» (così, Corte cost., 13-27 marzo 2003, n. 88), proprio per l'esigenza di contenimento della spesa pubblica ed in ragione del «la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare [...] al settore sanitario» (cfr. Corte cost., 18 marzo 2005 n. 111; 14 luglio 2007, n. 193; 13 giugno 2008, n. 203; 13 novembre 2009, n. 294; 29 aprile 2010, n. 149) per cui lo Stato «può legittimamente imporre alle regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari».

²³ Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275.

rie trasversali che intersecano competenze statali e regionali e con specifico riferimento a particolari categorie di persone per le quali l'affermazione del diritto non deve ridursi ad una «mera previsione programmatica, ma (dev'essere) riempita di contenuto concreto e reale»²⁴, garantendosene l'effettività attraverso il finanziamento di servizi ed attività essenziali alla salvaguardia del «nucleo incomprimibile», altrimenti definito «duro» o «livello essenziale» attraverso l'erogazione delle «prestazioni sanitarie costituzionalmente necessarie» (che si identificano con la «spesa costituzionalmente necessaria») ²⁵.

In proposito, la dottrina ha osservato che «Il legislatore ha assunto i propri interventi, complessivamente diretti al contenimento della spesa pubblica sul presupposto della loro natura di principi fondamentali e la Corte ha ritenuto per lo più giustificata questa impostazione ritenendo conformi a Costituzione, a determinate condizioni (quali la temporaneità e la salvaguardia di un margine di scelta per la regione sul modo per attuarle) anche misure dettagliate di contenimento della spesa, in quanto perseguono l'obiettivo di garantire l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, condizionata anche da obblighi comunitari»²⁶.

²⁴ Invero, la qualificazione stessa del diritto sociale fondamentale costituisce un limite alla discrezionalità del legislatore tenuto a rispettare «il nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80) che deve garantire «il servizio di trasporto scolastico e di assistenza (allo) studente disabile (perché esso) costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto» (Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, cit.).

²⁵ Cfr. Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169.

²⁶ Il virgolettato è di D. De Pretis, *Rapporto sulla giurisprudenza recente della Corte costituzionale italiana*, in *Staat und Demokratie. Beiträge zum XVII. Deutsch-Italienischen Verfassungskolloquium*, herausgegeben von Ferdinand Wollenschläger und Luca De Lucia, Mohr Siebeck Tübingen, 2016, 138-139, ha individuato quale ulteriore effetto della crisi economica l'incremento del contenzioso dal momento che anche in Italia, «le misure legislative adottate per fronteggiare la crisi sono portate davanti alla Corte costituzionale, in quanto ritenute lesive di diritti, aspettative e prerogative». La crisi economica si abbatte innanzitutto sui «diritti sociali in quanto diritti finanziariamente condizionati, e in generale sui diritti che vengono compressi da scelte legislative dirette a fare fronte alla carenza di risorse e a rispondere alle nuove esigenze di contenimento della spesa», e vede impegnata la Corte nel delicato compito di ristabilire l'equilibrio tra valori ed interessi di rango costituzionale «non solo perché l'equilibrio tra entrate e spese vincola il legislatore in base a quanto previsto dall'art. 81 Cost. (dopo la modifica costituzionale introdotta dalla legge cost. n. 1/2012), ma anche perché queste esigenze sono ovviamente esse stesse a loro volta condizione per la garanzia di (altri) diritti». Di recente su questi temi, E. Triggiani, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2014, 9-34; D.U. Galetta, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 1175 ss.; R. Cisotta, *Disciplina fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, 1, 57; D. Morana, *op. ult. cit.*, 15 ss., in senso critico ha evidenziato i rischi connessi all'uso di formule evanescenti e dai contorni indefiniti che si prestano a diverse (ed a volte) opposte interpretazioni, osservando che «L'irriducibilità, al pari dell'essenzialità, di un diritto è difficilmente traducibile in modo univoco, oggettivo e definitivo e presta il fianco a valutazioni ampiamente discrezionali, che sollevano a loro volta il problema delle garanzie attivabili sul piano giurisdizionale in assenza (totale o parziale) di una «soddisfacente» legislazione attuativa del diritto costituzionale. La situazione di incertezza che si determina, inoltre, finisce con l'aggravare quel tasso di «imprevedibilità» [...] che sempre caratterizza l'attività del Giudice costituzionale impegnato nel valutare l'adeguatezza del «bilanciamento»: soprattutto se si considera che il riferimento al contenuto essenziale di un diritto soggettivo si presta [...] a «potenziali applicazioni *double face*», essendo sta-

Ciò nonostante, la Corte aveva già avuto modo di chiarire che il nesso tra diritto alla salute e disponibilità delle risorse economiche non implica di per sé l'automatica recessione del diritto alla salute e delle garanzie che identificano il nucleo «essenziale» o «indefettibile» o «incomprimibile» del diritto che sarebbe inevitabilmente compromesso da «un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa»²⁷.

La compresenza e commistione tra diritti (valori) sociali e interessi di mercato elevati al rango di principi costituzionali pone numerosi problemi interpretativi evidenziati da autorevole dottrina trattandosi di entità disomogenee insuscettibili, pertanto, di un bilanciamento reciproco che, comunque, quand'anche fosse astrattamente ammissibile, si dovrebbe risolvere nel senso di privilegiare l'effettività dei diritti sociali in funzione della tutela offerta dall'ordinamento²⁸.

Di regola, il bilanciamento dovrebbe avvenire tra beni o interessi omogenei (diritto all'istruzione e diritto alla salute pubblica) come nel caso deciso di recen-

to utilizzato dalla Corte sia «per 'dimostrare' l'incostituzionalità delle norme che incidono su tale 'nucleo' [...] ma anche per escluderla». Lo stretto legame tra risorse disponibili e diritto alla salute si evince chiaramente dalle decisioni della Corte costituzionale che già nella nota sentenza del 16 ottobre 1990 ha sottolineato il carattere «condizionato» del diritto ai trattamenti sanitari. Ancora in questa fase il limite delle risorse disponibili «resta [...] ancora ai margini del bilanciamento, come un dato oggettivo ed esterno ad esso; successiva(mente invece) [...] l'equilibrio finanziario, dallo sfondo in cui era collocato, si sposta progressivamente al centro della scena come «coprotagonista» nella ricerca del punto di equilibrio tra gli interessi dotati di protezione costituzionale». A partire dalla citata sentenza del 24 aprile 2010, n. 149 e anche successivamente la Corte si preoccupa di soddisfare il diritto alle prestazioni ed alle cure «nella misura più ampia possibile» invitando il legislatore «ad un uso «ragionevole e bilanciato» delle risorse ma non ravvisa in capo ai pubblici poteri alcun profilo di doverosità (sia pure in astratto) per quel che concerne la fase logicamente precedente, ossia quella del *reperimento delle risorse necessarie*» invertendo così l'ordine delle priorità e travisando il concetto di diritto alla salute per come si è venuto a delineare anche all'esito delle recenti riforme e, di conseguenza il ruolo, gli obblighi e le responsabilità che incombono sul legislatore (Il virgolettato è di D. Morana, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amministrazioneincammino.it*).

²⁷ Cfr. Corte cost., 15 luglio 1994, n. 304; 28 luglio 1995, n. 416; 17 luglio 1998, n. 267; 16 luglio 1999, n. 309.

²⁸ Ed infatti, come opportunamente evidenziato in dottrina da M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei Sessant'anni della Corte costituzionale*, in *AIC* n. 3/2016, 13 «il bilanciamento dovrebbe farsi tra entità omogenee. Non si dovrebbe bilanciare, dunque, direttamente fra diritti sociali ed esigenze di bilancio, bensì tra diritti sociali e diritti sociali o comunque tra diritti e diritti (considerando – cioè – quanto il soddisfacimento di quelli tutelati dalla legge scrutinata si «pagherebbe» in termini di minor protezione di altri, concorrenti, in presenza di eventuali rigidità degli appostamenti di bilancio)». Tale tesi era già stata esposta dall'A. in *Id.*, *Sui diritti sociali*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. Romboli, Torino, 1994, 570 e in *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 378 ss. Nello stesso senso, cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 111 e C. Pinelli, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 1994, 555-556.

A tutto concedere «qualora [...] si procedesse a bilanciare direttamente le ragioni finanziarie e quelle dei diritti sociali il bilanciamento in questione dovrebbe essere «inequale», nel senso che l'efficienza economica deve comunque cedere, ancorché nei limiti del rispetto dei comuni principi di proporzionalità e non-eccessività» (così, M. Luciani, *op. cit.*).

te dal TAR Lazio²⁹ che, nel solco di un orientamento ormai consolidato, allineandosi al parere reso dal Consiglio di Stato il 26 settembre 2017 u.s. ha confermato il divieto di accesso al servizio scolastico dell'infanzia per i bambini non vaccinati e, di conseguenza, ha respinto l'istanza di tutela cautelare avanzata dal genitore ritenendo nella specie insussistenti i presupposti atteso che il danno lamentato si sarebbe potuto agevolmente eliminare adempiendo agli obblighi di legge.

In proposito, la dottrina ha, altresì, chiarito che dal confronto tra gli artt. 34 e 32 comma 1, Cost, si evince che «diritto all'istruzione» e «diritto alla salute» evocano (o possono evocare), in forma sintetica, diverse posizioni giuridiche soggettive, «graduate» anche in relazione al profilo della gratuità delle prestazioni³⁰.

Il rapporto tra diritti sociali ed interessi economici è evidentemente molto più complesso, per la oggettiva difficoltà di conciliare l'esigenza di garantire il diritto alla salute a prescindere dalla valutazione delle risorse disponibili, in quanto diritto «finanziariamente incondizionato»³¹ con la necessità di operare un

²⁹ TAR Lazio, Latina, sez. I, ord. 19 ottobre 2017, n. 270. Il dibattito nell'opinione pubblica e a livello scientifico è ancora piuttosto acceso, soprattutto dopo che l'attuale Governo, contrariamente alle aspettative, abbia confermato l'obbligatorietà delle vaccinazioni per l'iscrizione al nido ed alla scuola d'infanzia inasprendo ulteriormente l'entità delle sanzioni nei confronti dei trasgressori. L'obbligo vaccinale risulta quindi rafforzato in quanto ad oggi considerato l'unico strumento in grado di assicurare il raggiungimento ed il mantenimento dello scopo (immunità di gregge) come dimostrano i dati ufficiali diffusi dal Ministero della Salute sugli esiti della legge n. 119/2017.

³⁰ D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi*, cit., 8-9.

³¹ Il problema si è posto soprattutto con riguardo ai disabili ed agli immigrati per quanto concerne l'accesso alle strutture, pubbliche o private che siano, e la fruibilità di servizi qualitativamente e quantitativamente equivalenti a quelli offerti agli altri consociati. In proposito, si rinvia ai contributi di S. Cassese, *Lo Stato in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 331 ss.; M. Immordino, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in *Federalismi – Focus Human Rights* n. 3/2014 ha evidenziato l'impatto negativo della crisi economica e finanziaria e dei tagli ai servizi pubblici essenziali sulle politiche sociali in favore degli immigrati e sull'effettività dei loro diritti. G. Corso, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, in *Cortecostituzionale.it* (Atti del seminario svoltosi in Roma il 26 ottobre 2012); S. D'Antonio, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in F. Rimoli (a cura di), *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, Napoli, 2014, 79-102; M. Immordino, C. Celone (a cura di), *Diritto degli immigrati e diritto dell'immigrazione*, in *Nuove autonomie*, 2/2013; F. Cortese, G. Santucci, A. Simonati (a cura di), *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Napoli, 2014; F. Biondi Dal Monte, *I diritti fondamentali degli stranieri tra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale*, in *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche, competenze*, a cura di E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Renna, Bologna, 2013, spec. 117 ss.; S. Ricci, L. Dimasi, *Stranieri irregolari, diritto alla salute e sostenibilità finanziaria tra presunte criticità e possibili soluzioni*, in *Sanità pubblica e privata*, n. 3-4 2013, 21-25; M. Tognetti Bordogna, *Accesso ai servizi sanitari e costruzione della cittadinanza dei migranti*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 1/2012, 111-124; G. Chiara, *I diritti sociali dei non cittadini nella giurisprudenza costituzionale: salute, assistenza sociale e istruzione*, in *Nuove Autonomie* n. 1/2012, 93-109; AA.VV., *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di G. Verde, A. Genna, Torino, 2012. AA.VV., *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, a cura di E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia, Torino, 2011; D. Morana, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269/2010)*, in *Giur. cost.*, 2010, 3238 ss.; A. Pitino, *Il diritto alla salute degli immigrati tra leggi ordinarie e Costituzione*, in *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale*, a cura di R. Balduzzi, Bologna, 2009, 313 ss.; F. Biondi Dal Monte, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *Le isti-*

bilanciamento tra i diritti sociali e l'equilibrio di bilancio³². Di recente, anche la giurisprudenza amministrativa ha ribadito che «in condizioni di scarsità di risorse e di necessario risanamento del bilancio, anche il sistema sanitario non può prescindere dall'esigenza di perseguire obiettivi di razionalizzazione finalizzati al raggiungimento di una situazione di equilibrio finanziario attraverso la programmazione e pianificazione autoritativa e vincolante dei limiti di spesa dei vari soggetti operanti nel sistema»³³.

Tale seconda interpretazione è da preferire essendo indubbiamente quella più aderente alla realtà in quanto, effettivamente, nell'attuale contesto anche il diritto alla salute ed ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, lett. m) sono condizionati dalle effettive disponibilità finanziarie, fatta eccezione per il «nucleo irriducibile» insuscettibile di essere sacrificato oltre i limiti della ragionevolezza, secondo una valutazione discrezionale rimessa allo stesso legislatore.

Ove così non fosse, è evidente che una «legge (statale o regionale che imponesse specifiche misure particolarmente restrittive sarebbe oltre che) irragionevole (naturalmente) illegittima (non solo perché incostituzionale, ma) [soprattutto] perché (socialmente) ingiusta»³⁴.

È evidente, quindi, che la definizione dei LEP presuppone pur sempre la «verifica [...] a monte (del)la soglia di reale erogazione delle prestazioni sul territorio e (l')individua(zione de)i punti di maggiore squilibrio, (nonché la) prev(isione), a valle (di) interventi volti ad evitare il perpetrarsi delle disparità esi-

tuzioni del federalismo, 5/2008, 557 ss.; G. Brunelli, *Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'uguaglianza*, ivi, 554 ss.; R. Cavallo Perin, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1/2004, 205 ss. Di recente su questi temi, M. Interlandi, *Alla periferia dei diritti: l'effettività della tutela dei diritti degli immigrati tra i rimedi giurisdizionali interni e le indicazioni ricavabili dal contesto europeo*, in *Federalismi.it*, n. 17/2017 e Id., *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018, passim.

³² Corte Cost. 16 ottobre 1990, n. 455; 3 giugno 1992, n. 247; 23 luglio 1992, n. 356; 15 luglio 1994, 304; 28 luglio 1995, n. 416; 17 luglio 1998, 267; 16 luglio 1999, n. 309; 26 maggio 2005, n. 200.

³³ Così TAR Veneto, Venezia, sez. III, 13 novembre 2013, n. 1258 che richiamando un orientamento ormai consolidato (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2012, n. 3; Id. 2 maggio 2006, n. 8; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2002, n. 418) ha, altresì, chiarito che il potere di programmazione regionale – che si esplica conformemente agli obiettivi, alle linee di indirizzo ed ai criteri generali che si desumono dagli atti adottati dalle Regioni – è «connotato da ampi margini di discrezionalità, posto che deve bilanciare interessi diversi e per certi versi contrapposti, ovvero l'interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di adeguate prestazioni sanitarie, le aspettative degli operatori privati che si muovono secondo una legittima logica imprenditoriale e l'assicurazione della massima efficienza delle strutture pubbliche che garantiscono l'assistenza sanitaria a tutta la popolazione secondo i caratteri tipici di un sistema universalistico».

³⁴ A. Ruggieri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 114. Cfr. D. De Pretis, *La discrezionalità dell'amministrazione*, cit., 6 a proposito del «potere legislativo [...] (che) anche se definito 'discrezionale' resta sostanzialmente libero nel fine, entro i limiti costituzionali» ha chiarito che «la Corte ha progressivamente intensificato il suo controllo sulle leggi e si è fatta più attiva, sia riducendo l'ambito dello spazio ritenuto 'riservato' alla 'discrezionalità' del legislatore, sia sviluppando nuove e più incisive tecniche di suo controllo [...] ispira(te) spesso a quelle messe a punto nella lunga tradizione di controllo giurisdizionale (del giudice amministrativo) sulla discrezionalità dell'amministrazione (sindacato di ragionevolezza e di proporzionalità delle leggi)».

stenti (aggravate dalle politiche di *spending review* e dai piani di rientro della spesa sanitaria)» e si rivela preliminare ed imprescindibile rispetto alla fissazione degli standard qualitativi e quantitativi delle prestazioni vincolanti, alla indicazione dei bisogni da soddisfare ed alla individuazione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali esigibili.

L'esiguità delle risorse finanziarie e l'esigenza di contenere la spesa pubblica dovrebbero indurre le amministrazioni a ridurre i costi incidendo in modo più efficiente sulla programmazione dei fabbisogni e sul controllo dei consumi, distribuendo le risorse in modo funzionale e non soggettivo³⁵.

Parallelamente, il legislatore con le manovre connesse alla *spending review* e non solo, si preoccupa anche di garantire il diritto dei cittadini alla qualità delle prestazioni, introducendo misure volte a rafforzare il sistema dei controlli che mira a responsabilizzare le amministrazioni a tutti i livelli di governo affinché utilizzino le risorse disponibili in maniera adeguata e mirata al soddisfacimento dei bisogni essenziali dei cittadini.

A tal proposito viene da chiedersi quali siano le possibili forme di tutela dei cittadini vittime del cd. danno da disservizio, locuzione con la quale si suole identificare una particolare ipotesi di danno erariale che si sostanzia nel pregiudizio del diritto alla salute dei cittadini derivante dalla mancata realizzazione del benessere (efficienza sostenibile) a causa dell'inadeguatezza del servizio offerto e dello spreco di risorse esigue mal gestite dall'amministrazione per conto dei legittimi proprietari (i contribuenti) su cui si abbattano le conseguenze delle disfunzioni organizzative connesse alla fruizione del servizio, oltre al costo delle risorse inutilmente impiegate e delle spese necessarie al ripristino del servizio non erogato.

Senza considerare, inoltre, il danno non patrimoniale consistente nell'aggravamento del senso di sfiducia dei cittadini nei confronti della politica e della sanità che in numerose regioni soprattutto del Sud Italia non è più un servizio universale accessibile a tutti.

Sotto altro profilo, se da un lato, i nuovi Lea³⁶, il Piano nazionale cronicità 2016 che si prefigge di «contribuire al miglioramento della tutela per le perso-

³⁵ L'art. 1-bis della legge n. 94/2012 testualmente recita: «per l'efficace realizzazione della revisione della spesa pubblica, in particolare in campo sanitario, il Governo verifica prioritariamente l'attuazione della procedura per l'individuazione dei costi e dei fabbisogni standard e degli obiettivi di servizio [...] nonché a ridefinire i tempi per l'attuazione dei medesimi decreti sui costi e i fabbisogni standard entro il primo quadrimestre dell'anno 2013».

³⁶ Approvati con D.P.C.M. 12 gennaio 2017 recante «Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502», pubblicato in G.U. Serie Generale n. 65 del 18-3-2017 – Suppl. Ordinario n. 15. Tra i contributi più recenti sul tema, cfr. M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei Sessant'anni della Corte costituzionale*, in AIC n. 3/2016; L. Trucco, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*. Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Trapani 8-9 giugno 2012, a cura di E. Cavasino, G. Scala, G. Verde, Napoli, 2013. F. Roversi

ne affette da malattie croniche, riducendone il peso sull'individuo, sulla sua famiglia e sul contesto sociale, migliorandone la qualità di vita, rendendo più efficaci ed efficienti i servizi sanitari, in termini di prevenzione e assistenza, e assicurando maggiore uniformità ed equità di accesso ai cittadini» e il Piano nazionale per la prevenzione vaccinale militano nel senso di assicurare (*rectius*: ripristinare) l'universalità del servizio in coerenza con gli obiettivi del SSN ed in base alla considerazione che la salute è un diritto e non un privilegio di pochi, cresce in maniera esponenziale la percentuale di coloro che, benestanti e non, sono costretti ad affrontare i costi (invero piuttosto ingenti ed in sensibile aumento negli ultimi anni) della spesa sanitaria privata dal momento che l'offerta di servizi e prestazioni del SSN non copre il fabbisogno degli utenti.

I tempi di attesa troppo lunghi e la scarsa qualità dei servizi e delle prestazioni sanitarie offerte pregiudicano soprattutto le persone meno abbienti ed i soggetti più bisognosi di cure continue e costanti residenti nelle Regioni con servizi sanitari meno performanti (centro, sud e isole)³⁷.

Senza considerare gli effetti distorsivi del ricorso sistematico alla spesa sanitaria privata, a volte anche inappropriata, che finisce per amplificare le sperequazioni (*rectius*: disuguaglianze) sociali, economiche, culturali e territoriali preesistenti in parte dovute al ritardato adeguamento dei LEA (tra le Regioni e perfino tra le persone residenti nella medesima Regione in base alle risorse economiche di ciascuno dispone) nell'accesso alla tutela della salute ed alla cura, sacrificando intere categorie di aventi diritto che sono costretti a rinviare e/o a rinunciare alle

Monaco, C. Bottari, *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Santarcangelo di Romagna, 2012. Da ultimo, V. Antonelli, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale: dall'uniformità all'appropriatezza*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018. A. Bonomi, *Brevi osservazioni sugli aspetti più problematici del delicato bilanciamento fra universalismo selettivo, diritti fondamentali e vincoli di bilancio: alla ricerca dell'universalismo selettivo temperato*, ivi.

M. Bergò, *I nuovi livelli di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, in *AIC* n. 2/2017, 4, spec. nt. 18 citando M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, a cura di E. Catelani, G. Feroni, M.C. Grisolia, Torino, 2011, 13, ha chiarito «Il Diritto alla salute ha una struttura giuridica multiforme, in cui sono ravvisabili sia i tratti del diritto sociale a prestazione (si pensi alle cure sanitarie), sia aspetti propri dei diritti soggettivi, con la struttura tipica dei diritti di libertà. Pertanto il "livello essenziale" della prestazione si determina in base sia alla condizione del singolo che della collettività "alla quale quella del singolo deve essere raffrontata". L'A. evidenzia, al contempo anche «il dato più preoccupante dell'intero dpcm (che) riguarda l'aumento di spesa a carico dei cittadini, conseguente al *restyling* di molte prestazioni sanitarie».

³⁷ Invero, il problema è generalizzato su tutto il territorio nazionale coinvolgendo tutte le Regioni, più o meno virtuose, com'è stato evidenziato dalla Corte dei conti la quale ha chiarito che «l'attuale struttura di assistenza sanitaria, anche al di sopra degli standard minimi richiesti, non è sufficiente a rispondere ai bisogni di una popolazione sempre più anziana affetta da cronicità e non autosufficienza». *Amplius*, di recente, su questi temi, M. De Angelis, *Effettività e prestazioni in sanità: il paradigma delle liste d'attesa*, in *Munus*, n. 1, 2018, 229 ss.

prestazioni sanitarie (per lo più visite specialistiche) perché (dappertutto) troppo costose, nel pubblico come nel privato³⁸.

3. *Vincoli di finanza pubblica, potere amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*

A questo punto occorre chiarire l'incidenza dei vincoli di finanza pubblica sulle prestazioni essenziali e sulla tutela dei diritti fondamentali, verificando se ed in che misura l'impressione che si ricava dai dati e dalle statistiche innanzi richiamate trova conferma nella giurisprudenza formatasi sul tema.

La questione investe il problema, ad oggi piuttosto discusso, della cd. indegradabilità dei diritti costituzionalmente tutelati e del riparto di giurisdizione nelle relative controversie originate da un provvedimento amministrativo incidente sui diritti fondamentali³⁹, su cui appare opportuno soffermarsi in questa sede.

³⁸ E. Ferrari, *Ticket sanitari, prestazioni imposte e livelli essenziali delle prestazioni*, in AIC n. 4/2017 confrontando i dati del citato Rapporto della Corte dei Conti sul coordinamento della finanza pubblica relativi ai proventi incassati attraverso i ticket regione per regione nel periodo 2012-2016 ha individuato tra le ragioni del calo del gettito derivante da «un minore ricorso a questo tipo di prestazioni [...] le difficoltà economiche che le famiglie hanno dovuto affrontare [...] nell'ultimo decennio (costringendole) [...] sempre più frequentemente (a) richiedere prestazioni private ovvero (a) rinuncia(rvi) del tutto». Da alcuni anni, infatti, si è incrementata la tendenza ad accantonare il sistema di sanità pubblica ricorrendo agli operatori privati a causa dell'aumento esponenziale del costo dei ticket e dei tempi di attesa eccessivamente lunghi per cure non garantite o mal erogate, e che, pertanto, di fatto costituiscono una barriera all'accesso alle cure pubbliche che siano anche tempestive ed appropriate rispetto alle patologie ed allo stato di salute degli utenti. Tale circostanza, unitamente con le altre criticità testé accennate rischia di vanificare gli sforzi compiuti e disattendendo gli impegni assunti in vista del perseguimento degli obiettivi.

³⁹ Per una ricostruzione delle principali posizioni della dottrina e della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa sulla tutela dei diritti fondamentali, M. Midiri, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in AIC, n. 3/2015, 5 ss. Tra i sostenitori della intangibilità dei diritti fondamentali da parte del potere amministrativo, cfr. A. Pubusa, U. Allegretti, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali, in Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1977, 414 ss. Sui rapporti tra legge, funzione amministrativa e diritti del cittadino, cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005 secondo cui il cittadino addirittura vanterebbe nei confronti della P.A. la «pretesa» (rectius: diritto) alla legittimità degli atti con conseguente obbligo dell'amministrazione di conformarsi alla legge. In sostanza il diritto alla salute, inteso come diritto alla prestazione ed alle cure, sarebbe assistito da una tutela piena, effettiva e, quindi, (sempre) satisfattiva, sussistendo da questo punto di vista la certezza del conseguimento del risultato. La tesi della impenetrabilità dei diritti fondamentali (id est, del diritto alla salute) inteso come diritto forte, con la conseguenza che l'atto eventualmente emanato in carenza di potere sarebbe disapplicabile dal g.o. munito di giurisdizione è stata inaugurata e sostenuta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in tempi ormai remoti (cfr. Cass. SS.UU. 6 ottobre 1979, n. 5172 e 9 marzo 1979, n. 1463; 29 dicembre 1990, n. 12218; 20 febbraio 1992, n. 2092; 28 ottobre 1998, n. 10737) e fino a poco tempo fa (da ultimo, Cass. 1° agosto 2006, n. 17461), con la conseguenza che il provvedimento amministrativo sarebbe emanato in carenza di potere, inidoneo cioè a provocare una lesione al diritto fondamentale avente la consistenza di diritto soggettivo perfetto (cfr. Cass. SS.UU., 10 marzo 1999, n. 117; 25 maggio 2000, n. 558; 10 maggio 2001, n. 194; Cass. Sez. Lav., 26 aprile 2004, n. 7912; Cass. SS.UU. 7 febbraio 2017, n. 2688). In senso critico rispetto a questa opzione ermeneutica, cfr. A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini. Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa'*, in *Dir. pub.*

La casistica, invero piuttosto ampia e su cui la giurisprudenza ha faticato a trovare una soluzione univoca, offre interessanti spunti di riflessione⁴⁰.

In tempi ormai remoti la Corte di Cassazione⁴¹ ha sancito l'incomprimibilità del diritto costituzionale alla salute radicando la giurisdizione del g.o. nelle relative controversie in ossequio al tradizionale criterio di riparto fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, tesi confermata anche successivamente al fine di assicurare una tutela piena ed effettiva al diritto leso [...] denominato «alla salute» ma meglio definibile «di salute», cioè il diritto di stare bene, «fondamentale» per natura e dalla tutela piena (ai sensi degli artt. 2 e 32, primo comma, Cost.); esso è impermeabile ai pubblici poteri e «sottratto» all'amministrazione, di guisa che questa non ha alcun potere di affievolirlo né di pregiudicarlo anche indirettamente. È un diritto «primario» ed «assoluto» dell'individuo, nei cui riguardi l'amministrazione, spoglia delle prerogative pubblicistiche, non soltanto non ha potere ablatorio ma è passibile di provvedimento inibitorio da parte del giudice naturale dei diritti. Nei confronti, e anche soltanto per i riflessi di quel diritto, non sono configurabili opzioni di scelte amministrative, quelle che solo il giudice amministrativo può sindacare. Verso di esso l'amministrazione non ha facoltà di scelta: ha l'obbligo assoluto ed incondizionato di rispettarlo. Quando trasgredisca siffatto dovere, allora essa, come si suol dire, «agisce nel fatto», abbia o meno emessi apparenti provvedimenti. [...] «Agisce nel fatto» perché, non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia, essa «non provvede», esplicando comunque e soltanto attività materiale illecita. «Nella ipotesi, dunque, non vi sono, giuridicamente, provvedimenti amministrativi da revocare o da modificare ma semplicemente si tratta di emettere condanna a un fare, di segno opposto al fatto lesivo del diritto di salute dell'individuo e tale pronuncia compete al giudice ordinario»⁴². In altre decisioni la Corte ha scisso il nucleo essenziale del diritto alla salute contrapponendo il «diritto (inde-

bl. 2006, 91 ss. Sulla controversa categoria e natura giuridica dei diritti fondamentali sociali, considerati come interessi legittimi o interessi diffusi o aventi natura ibrida ed assoggettati pertanto al doppio regime in ragione delle diverse componenti che li compongono cfr. P. Biscaretti Di Ruffia, *Diritti sociali*, 1968; Per una disamina accurata ed approfondita del tema, cfr. L.R. Perfetti, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2013; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2001.

⁴⁰ La dottrina ha manifestato anche di recente un certo interesse nei confronti di questi temi che ha delle importanti implicazioni sul piano della tutela giurisdizionale e del riparto tra g.o. e g.a. Cfr., in proposito, V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 450. La questione involge, infatti, il problema della giurisdizione sui diritti fondamentali, che secondo parte della dottrina sarebbe una prerogativa del g.o. (R. Garofoli, *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in *Neldiritto.it*).

⁴¹ Cass. SS.UU., 9 marzo 1979, n. 1436.

⁴² Cass. SS.UU. 20 febbraio 1992, n. 2092.

gradabile) all'intangibilità dell'integrità psico-fisica della persona»⁴³ riservato alla giurisdizione del g.o. al «diritto alla prestazione ed alle cure» che assurge al rango di interesse legittimo la cui cognizione, in caso di lesione, spetterebbe al g.a.⁴⁴.

La prospettiva, com'è noto, è radicalmente mutata a seguito della nota sentenza della Corte cost. n. 204/2004 secondo cui dirimente ai fini del riparto della giurisdizione è la configurabilità o meno del potere autoritativo della p.a. a fronte di un diritto fondamentale dell'individuo, cui ha aderito il Consiglio di Stato il quale ha affermato che «Quando la vertenza ha come oggetto la contestazione della legittimità dell'esercizio del potere amministrativo, ossia quando l'atto amministrativo sia assunto nel giudizio non come fatto materiale o come semplice espressione di una condotta illecita, ma sia considerato nel ricorso quale attuazione illegittima di un potere amministrativo, di cui si chiede l'annullamento, la posizione del cittadino si concreta come posizione di interesse legittimo. [...] Va osservato, inoltre, che la concezione dei diritti "perfetti" o "non degradabili" è stata elaborata per riconoscere ulteriori possibilità di tutela per il cittadino, non certo per escludere forme di tutela preesistenti. Di conseguenza da tale concezione non si può desumere alcuna riduzione della legittimazione a ricorrere avanti al giudice amministrativo»⁴⁵.

Tale interpretazione ha imposto nel 2007 un *revirement* della giurisprudenza della Corte di Cassazione sul riparto della giurisdizione in caso di lesione dei diritti fondamentali da parte di un provvedimento amministrativo espressione di un potere autoritativo e sul loro bilanciamento con l'interesse pubblico, nelle controversie relative all'installazione delle discariche di rifiuti⁴⁶, cui si è uniforma-

⁴³ Con specifico riferimento ai soggetti portatori di handicap, cfr. Corte cost., 5 dicembre 2003, n. 350; 18 aprile 2007, n. 158; 15 aprile 2010, n. 138 e 23 settembre 2016, n. 213.

⁴⁴ Cfr. nello stesso senso, di recente, Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460.

⁴⁵ La citata decisione ha destato reazioni contrastanti in dottrina che in particolare si è mostrata divisa sull'ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva alla luce della (incerta e fumosa) formulazione dell'art. 103, comma 1 Cost. Cfr., in proposito, F. Saitta, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *Lexitalia.it*; L. Mazzarolli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, spec. 225 ss. A. Pajno, *Giurisdizione esclusiva e arbitrato costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 983 ss.; M. Clarich, *La tribunalizzazione del g.a. evitata*, ivi, 973 ss.; F.G. Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?* in *Giur. Cost.*, 2004, 2209; A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 974 ss.; E. Follieri (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, Atti del Convegno su riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione* (Lucera, 19 febbraio 2005), Milano, 2006; R. Villata, *Problemi attuali della giurisdizione amministrativa*, Postilla, Milano, 2007, 13; G. Stancanelli, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 (Riflessioni «a caldo»)*, in *Giustamm.it*. Il virgolettato è tratto da Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 556.

⁴⁶ Cass. SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27187 ove, infatti, si legge: «Le controversie relative alla installazione delle discariche di rifiuti spettano all'esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo in quanto questioni afferenti la gestione del territorio nell'interesse dell'intera collettività nazionale, anche qualora sia denunciata una lesione ai diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quale il diritto alla salute (art. 32 Cost.), accertando la sussistenza in concreto dei diritti vantati e provvedendo in ordine al contemperamento o alla limitazione dei suddetti diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre. Spetta allo stesso giudice

ta anche la Corte costituzionale ritenendo per nulla inconciliabile la giurisdizione esclusiva del g.a. con la tutela dei diritti fondamentali (nella specie, nelle controversie relative a procedure e provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica)⁴⁷.

La decisione da ultimo richiamata è particolarmente significativa, in quanto segna il definitivo superamento della tesi dell'indegradabilità dei diritti fondamentali della persona che, a differenza di altri, sarebbero resistenti ai provvedimenti amministrativi in quanto dotati di fondamento costituzionale, con la conseguenza che in assenza di lesione la giurisdizione non potrebbe che spettare al g.o.

Invero, il problema del rapporto tra la giurisdizione amministrativa e i diritti fondamentali è molto più complesso e, pertanto, non può prescindere dalla esatta individuazione della natura e consistenza di tali diritti e dalla considerazione dell'ambito della giurisdizione esclusiva del g.a.⁴⁸

Tradizionalmente, infatti, si riteneva che la giurisdizione esclusiva e, ancora prima, il legislatore nella scelta delle materie devolute alla tale giurisdizione, incontrassero il limite dei diritti fondamentali, riservati al g.o.⁴⁹

amministrativo adottare, se ne ricorrono le condizioni, i provvedimenti cautelari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati dai comportamenti materiali o dai provvedimenti autoritativi finalizzati all'installazione delle discariche».

⁴⁷ Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140 cui si è allineata la Corte costituzionale nella sentenza del 5 febbraio 2010, n. 35 che ha dichiarato l'infondatezza della q.l.c. dell'art. 4 del d.l. 23 maggio 2008, n. 90, conv. in l. 14 luglio 2008, n. 123 che attribuiva, anche in fase cautelare, le controversie su comportamenti attinenti alla gestione del ciclo dei rifiuti incidenti su diritti fondamentali, alla giurisdizione esclusiva del g.a., in qualità di «giudice naturale dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale» assistiti da una tutela non inferiore a quella offerta dal g.o. (di recente, cfr. Cass. SS.UU., ord. 3 giugno 2015, n. 11376) in coerenza con il carattere dinamico di essa, nel senso che è appunto lo strumento idoneo ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale ai diritti in questione nelle forme in cui essa si estrinseca. Nello stesso senso in dottrina, cfr. G. Rossi, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, spec., 1229. Contra, A. Carratta, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 27 ss.

⁴⁸ Sulla natura ed i caratteri della giurisdizione esclusiva che è assunta nel tempo a «forma nuova di giurisdizione» (M.C. Cavallaro, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato: brevi riflessioni a margine dei recenti orientamenti della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, spec. 950-951), cfr. P.M. Vipiana, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 377 ss., spec. 383; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; A. Pajno, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, spec. 973.

⁴⁹ Cfr. E. Casetta, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, spec. 644-645; S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, spec. 287 e 403 ss.; V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, spec. 25 ss. e 44 ss. Secondo parte della dottrina, la constatazione dell'impermeabilità dei diritti soggettivi al pubblico potere (M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002) nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del g.a. non costituisce una contraddizione in termini, ma anzi si spiega in quanto non è affatto escluso che nella materia «può sussistere un diritto, che non è contrapposto al potere perché è estraneo alla relazione giuridica che abbraccia interesse legittimo e potere» (così, F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 804). Un problema di legittimità costituzionale si è posto quando il legi-

Ciò in base ad un'idea inaccettabile e ormai superata basata sul presupposto che la tutela erogata dal g.a. sia una tutela «depotenziata» rispetto a quella offerta dal g.o. e che, pertanto, deve restare confinata a determinate controversie in specifiche materie, dal cui ambito restano esclusi i diritti fondamentali.

slatore ha esteso alla giurisdizione del g.a. le controversie concernenti la realizzazione delle centrali di produzione dell'energia elettrica, in cui spesso si fa questione di diritti fondamentali, (in specie, diritto alla salute), come pure in materia di rifiuti, adducendo che il provvedimento che autorizza la realizzazione della centrale lede il diritto alla salubrit  ambientale (nel qual caso l'interessato   legittimato a proporre un'azione inibitoria volta ad ottenere l'interruzione della costruzione o del funzionamento di quella centrale che hanno come *causa petendi* il diritto alla salute, il diritto alla salubrit  ambientale). In proposito la Corte costituzionale nella citata decisione del 27 aprile 2007, n. 140 ha chiarito e ribadito che «N(on) osta [...] alla validit  costituzionale del «sistema» in esame la natura «fondamentale» dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie de quibus, su cui pure insiste il rimettente, 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».

Senza entrare nel merito della teoria della indegradabilit , la Corte non rinviene nella Costituzione alcun motivo ostativo all'estensione della giurisdizione esclusiva del g.a. nelle controversie in cui viene in rilievo la lesione di diritti fondamentali della persona.

Ove cos  non fosse, un'eventuale preclusione che sancisca la sostanziale estraneit  dei diritti fondamentali alla g.e. del g.a. si tradurrebbe in un implicito riconoscimento della inadeguatezza della giurisdizione amministrativa ad assicurare tutela piena ed effettiva non solo ai diritti fondamentali, ma anche ai diritti soggettivi e perfino agli interessi legittimi, con la conseguenza che a questo punto non avrebbe neanche pi  senso conservare e difendere la giurisdizione amministrativa dai tentativi di abolirla. Parte della dottrina ritiene che in realt  l'obiettivo non   quello di assaltare la giurisdizione amministrativa, bens  «attacc(are) ... la giurisdizione *tout court*... Ed infatti se non ci fosse un giudice speciale la funzione sarebbe esercitata dal giudice ordinario che dovrebbe assicurare la (medesima) tutela ai diritti ed agli interessi legittimi intervenendo direttamente sull'atto (per mezzo del) potere di annullamento». N  potrebbe essere diversamente, dal momento che «Un ordinamento che non contemplasse [...] poteri di sospensione e di annullamento degli atti illegittimi della p.a., sarebbe [...] intollerabile dal punto di vista di questo sistema (diritto UE), come d'altronde o sarebbe anche per il nostro sistema costituzionale interno. [...] La giurisdizione amministrativa nasce per proteggere di pi  non per proteggere di meno (ed   pertanto da) preferir(e a) il processo civile [...] perch  la sua efficacia   di regola maggiore, pi  diretta, pi  adeguata a colpire la causa della lesione alla quale si intende porre rimedio» (cos , D. De Pretis, *Prospettive di riforma della giustizia amministrativa*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del convegno di Lecce, 16-17 ottobre 2015, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, 2016. Tale soluzione   inaccettabile anche alla luce della «trasfigurazione» della giurisdizione esclusiva in seguito all'implementazione dei casi e delle materie che si riflette sui modi e sulle forme della tutela dei diritti sociali incisi dal potere amministrativo nelle controversie devolute al g.a. «non solo (in qualit  di) ... giudice del potere, ma (di) giudice del rapporto di questo potere con la societ  nel suo complesso» (cos , A. Pajno, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 al Consiglio di Stato: relazione del presidente*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 148).

Al contrario, la configurazione che ha assunto il processo amministrativo nel corso dei secoli e, in particolare, con l'avvento del c.p.a. dimostra che il g.a. gode degli stessi poteri del g.o. per la tutela dei diritti soggettivi (fondamentali e non) nonch  degli interessi legittimi che sono assistiti dalle medesime garanzie e dagli stessi standards di tutela, al punto che oggi ormai nessuno dubita che la g.e. si estende anche ai diritti soggettivi fondamentali (in questo senso, cfr. A. Pajno, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti*, cit., spec. 982; M. Corradino, S. Sticchi Damiani, *Il processo amministrativo*, Torino, 2014, 79; G. Verde, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, spec. 834) anche a prescindere dalla presenza di interessi legittimi (F.G. Scoca, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2010, spec. 441-442). G. Monaco, *Spunti per la tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Trapani, 8-9 giugno 2012, a cura di E. Cavasino, G. Scala, G. Verde, Napoli, 2013, ha sottolineato che «esistono pronunce (di segno opposto) sul presupposto che il diritto alla salute non sia suscettibile di essere affievolito dalla discrezionalit  meramente tecnica dell'amministrazione in ordine alla verifica dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni».

Tale impostazione ermeneutica mal si concilia con l'impianto del c.p.a e con i principi in esso consacrati che rendono inimmaginabile una distinzione all'interno della medesima categoria che dovrebbe corrispondere ad una diversa intensità della tutela, benché sul punto il c.p.a. avrebbe potuto e dovuto fare maggiore chiarezza anziché in parte confermare e in parte smentire.

La formulazione dell'art. 133 c.p.a., infatti, dà adito a dubbi nella misura in cui nell'elencare le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a. si riferisce anche ai diritti costituzionalmente tutelati in materia di rifiuti, ove spesso viene in considerazione il diritto alla salute (o alla salubrità dell'ambiente) a sostegno della domanda volta ad ottenere l'interruzione dei lavori per la realizzazione delle centrali e degli inceneritori o la mancata costruzione degli stessi. È questa l'ipotesi esplicitata nella lettera p) ove si legge testualmente «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».

Si potrebbe obiettare che se il legislatore avesse voluto avrebbe potuto estendere espressamente tale previsione anche alle altre materie, specificando l'estensione della giurisdizione per ciascuna di esse, nell'art. 7 o nell'art. 133 c.p.a., ma nonostante tale ambiguità, non vi è dubbio che nelle materie di giurisdizione esclusiva il g.a. conosce anche della lesione dei diritti fondamentali.

Semmai il problema si pone per le controversie che esulano dalla giurisdizione esclusiva del g.a. che tuttavia può essere risolto alla luce delle seguenti ulteriori considerazioni.

Innanzitutto, nelle controversie in materia di diritti fondamentali, la tesi della indegradabilità del diritto alla salute non convince essendo, tra l'altro, quanto meno discutibile l'indivisibilità, l'unicità e, per così dire, la «globalità» del «diritto alla salute» che in quanto diritto sociale per eccellenza, oggi più che mai «richied(e) una prestazione economica discrezionale da parte del welfare state, che è sovrano sul suo budget, e(d) è sempre in balia delle sue crisi fiscali» ed è frazionabile al suo interno in relazione al godimento che ciascuno ne abbia⁵⁰.

Tale considerazione porta, inevitabilmente, ad interrogarsi su quale sia la sua reale consistenza – al di là delle formule utilizzate dal legislatore – posto che la frammentarietà del nucleo essenziale di cui si è detto non fa che «aumentare espo-

⁵⁰ Il virgolettato è di S. Rodotà, «Postfazione» in *Oltre il pubblico e il privato: per un diritto dei beni comuni*, a cura di M.R. Marella, Verona, 2013, 331. F. Gabriele, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella intoccabile!) della Costituzione*, in *AIC*, n. 3/2013, 15 ha manifestato le medesime perplessità a considerare «diritto quella situazione giuridica attiva cui venga dato riconoscimento o concreta realizzazione se e quando vi siano (o, in realtà, siano ritenute esservi) le risorse per le prestazioni necessarie a renderne effettivo l'esercizio».

nenzialmente la disuguaglianza nella società e mettere in discussione, financo, la stessa idea di dignità della persona» sistematicamente lesa dai tagli e dal ridimensionamento dell'offerta di beni e servizi in sanità⁵¹.

Affermando, infatti, che il bene della vita che si fa valere corrisponde a un valore della persona costituzionalmente tutelato, si potrebbe erroneamente ritenere che esso, per ciò solo, debba essere assistito da una tutela assoluta e incondizionata nelle forme del diritto soggettivo, con la conseguenza che la salute dovrebbe identificarsi con quest'ultimo, al pari degli altri diritti fondamentali della Costituzione.

Il principale limite della tesi dell'indegradabilità sta proprio nel fatto che essa omette di considerare le ipotesi in cui la p.a. è chiamata a colmare gli spazi lasciati vuoti dal legislatore e, quindi, ad esercitare il suo potere (discrezionale) effettuando essa stessa un bilanciamento con gli altri diritti costituzionalmente garantiti senza intaccare il nucleo essenziale ed intangibile dei diritti fondamentali⁵².

⁵¹ Così, L. Benci, *op. cit.*, 49. La tesi sopravvive solo in alcune pronunce giurisprudenziali che declinano la giurisdizione del g.a. in favore del g.o., venendosi pertanto a creare una situazione paradossale in cui il privato il cui diritto fondamentale sia stato leso da un provvedimento amministrativo sarebbe costretto a rivolgersi all'a.g.o. per ottenere la medesima tutela che il g.a. illegittimamente gli ha negato. Invero, il problema della esatta individuazione dei diritti fondamentali è attuale ed al centro del dibattito dottrinale come evidenziato da L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, III ed., Roma-Bari, 2008, 1 ss.; S. Mangiameli, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur.cost.org*.

⁵² Cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 110 ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., 33 ss.; G. Zagrebelsky, *Storia e Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Torino, 1996, spec. 35 e 78 ss. D. De Pretis, *La discrezionalità dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Prolusione all'inaugurazione dell'a.a. 2015/2016 della Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione pubblica*, 5 ss. ha analizzato il caso della *discrezionalità come oggetto del giudizio di costituzionalità delle leggi che la prevedono* in cui «la Corte non si occupa della discrezionalità amministrativa direttamente, ma la considera attraverso lo specchio della legge che la prevede» utilizzando i seguenti «parametri costituzionali: il principio di legalità, in particolare il 'principio di legalità sostanziale', e le previsioni che istituiscono riserve di legge», [...] la ragionevolezza e la proporzionalità e altri valori costituzionali di volta in volta rilevanti valorizzan(d)o [...] il potere discrezionale dell'amministrazione come condizione per il rispetto di quei principi e di quei valori, e come strumento di un bilanciamento di interessi di rilievo costituzionale che la legge non può – o non sempre può – compiere in concreto». Così opinando, la Corte ha avviato un percorso di «valorizzazione della discrezionalità dell'amministrazione» o, per meglio dire, «la valorizzazione, strumentale alla salvaguardia di interessi costituzionalmente rilevanti, [...] del potere dell'amministrazione di valutare comparativamente e di scegliere gli interessi che vengono in gioco nel caso concreto» (cfr. 12 e 17), ad esempio, «nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche» (Corte cost., 25 ottobre 2013, n. 250). Di recente, il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. III, 14 novembre 2017, n. 5251) riprendendo i principi sanciti dalla Corte nelle citate decisioni ha, in proposito, chiarito che «Il richiamo ai diritti finanziariamente condizionati è necessario per chiarire – innanzitutto – che il diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost., non comporta l'obbligo per il SSR di fornire tutti i prodotti esistenti sul mercato per la cura di una determinata patologia: ciò che l'ordinamento garantisce è che la prescrizione sia funzionale alla necessità terapeutica, ma senza che il sistema sanitario sia gravato da oneri aggiuntivi conseguenti alle dinamiche del mercato». Tra i contributi più recenti, cfr. F. Gallo, *Diritti socio-economici ed equilibri di bilancio*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2017, 11-22; M. Massa, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2017, 73-95; S. Gambino, *Cittadinanza e governance europea: quale effettività per i diritti sociali e la concezione normativa della Costituzione*, in *La cittadinanza europea: itinerari, strumenti, scenari*, n. 2/2016, 5-22; S. Staiano, *Migrazio-*

La tesi in questione non è avallata dalla Corte costituzionale la quale, al contrario, nel caso ILVA ha chiarito che nelle Costituzioni pluraliste esiste una molteplicità di valori fondamentali costituzionalmente tutelati e che sono tra loro non gerarchicamente ordinati bensì equiordinati i quali in caso di conflitto necessitano di un contemperamento cui a volte provvede direttamente il legislatore, altre volte invece è demandato all'amministrazione cui spetta pertanto un potere di valutazione discrezionale e di scelta che comunque va ad incidere su diritti fondamentali⁵³.

ni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo, in *Federalismi.it*, n. 21/2008. A. Occhino, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *RDSS*, n.1/2017, 3-28. Da ultimo, F. Zammartino, *La tutela dei diritti sociali nei più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa tra vincoli di bilancio e principio di libera concorrenza*, in *Giustamm.it* ha evidenziato che «determinante è la proporzionalità tra quanto il provvedimento imponga al privato e quanto il provvedimento favorisca la Pubblica amministrazione, la cui assenza è sintomo di un non corretto bilanciamento di interessi» (che si traduce) «nella violazione in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico [...]» (Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, cit.).

⁵³ Nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 3 del d.l. 3 dicembre 2012, n. 207 Recante «Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale), convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge n. 231/2012», la Corte costituzionale con la sentenza del 9 maggio 2013, n. 85 ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate in riferimento agli artt. 25, comma 1, 27, comma 1 e 117 comma 1, Cost. e ha dichiarato non fondate le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 9, comma 2, 24, comma 1, 32, 41, comma 2, 101, 102, 103, 104, 107, 111, 112 e 113 Cost. affermando quanto segue: «La ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). «Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere» preminente del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una «rigida» gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come «primari» dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuzione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale. Lo stesso giudice rimettente ritiene che la norma censurata «annienti completamente il diritto alla salute e ad un ambiente salubre a favore di quello economico e produttivo». Se questa valutazione fosse rispondente alla realtà normativa, ci si troverebbe senza dubbio di fronte ad una violazione dell'art. 32 Cost., in quanto nessuna esigenza, per quanto costituzionalmente fondata, potrebbe giustificare la totale compromissione della salute e dell'ambiente [...], laddove, invece, «il carattere integrato dei diritti fondamentali [...] evoca, molto da vicino, la teoria del gioco degli interessi nella valutazione discrezionale» (così, D. De Pretis, *La discrezionalità dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 20). Successivamente, la Corte rivedendo la sua decisione ha dichiarato l'illegittimità del Decreto

Se, quindi, la legge attribuisce alla p.a. il potere di sacrificare, comprimendolo, un diritto fondamentale per tutelarne un altro, è evidente che il diritto in questione è per sua stessa natura degradable. In ciò sta la principale contraddizione della cd. teoria della indegradabilità che, sorta con l'intento di riservare al g.o. la cognizione delle controversie che involgono diritti fondamentali della persona, li qualifica indegradabili ammettendone al contempo il legittimo sacrificio per effetto di un provvedimento amministrativo al fine di assicurare tutela ad altro diritto di pari rango. Non a caso, nella sentenza citata la Corte costituzionale ha affermato il principio opposto ammettendo – entro certi limiti – il bilanciamento tra una molteplicità di valori meritevoli di tutela in virtù del potere attribuito dalla legge a fronte del quale si configura una pretesa (alla prestazione ed alle cure) non garantita, in quanto astrattamente sacrificabile che, pertanto, assume la consistenza non del diritto soggettivo, ma dell'interesse legittimo (cd. interesse legittimo fondamentale correlato ad bene della vita tutelabile innanzi al g.a.).

Tale interpretazione si avvalorava ed è supportata a maggior ragione se confrontata con il problema del vincolo di bilancio che è anch'esso un valore costituzionalmente tutelato, prova ne è che la Corte costituzionale ha, ad esempio, ritenuto che esso incide anche sulla retroattività delle sue sentenze, quando queste hanno effetti di spesa pubblica, affermando che l'incostituzionalità opera non retroattivamente, ma dalla pubblicazione della sentenza⁵⁴.

ILVA sulla scorta degli stessi principi affermati nella sentenza n. 85/2013 chiarendo che l'intervento del legislatore finalizzato a consentire la prosecuzione dell'attività in stabilimenti di interesse strategico nazionale è legittimo a condizione che siano tra loro bilanciate le esigenze di tutela dell'ambiente e della salute e dell'incolumità dei lavoratori, con quelle dell'iniziativa economica privata e della continuità occupazionale (le stesse che erano state considerate prevalenti al punto da giustificare il sacrificio della vita, della salute e dell'incolumità dei lavoratori). Ciò non deve meravigliare, anzi evidenzia i limiti della precedente decisione che la dottrina aveva prontamente evidenziato stigmatizzando la «soluzione argomentativa offerta dalla Corte... sia nei presupposti che negli esiti... (contestandola) nel merito (dal momento) che nessun livello occupazionale possa giustificare il perdurare di una condizione ambientale gravemente lesiva del bene della salute e che nessun compromesso possa essere condotto al ribasso quando venga coinvolto il diritto alla salute, (e nel metodo), perché la svalutazione del dato letterale delle disposizioni costituzionali, in ultima analisi, è destinata a sgretolare, a indebolire la portata prescrittiva della stessa Costituzione» (così, D. Morana, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale*, cit., 12-13). Sul bilanciamento tra il diritto alla salute e le risorse economiche si segnala una recente sentenza del TAR Piemonte (sez. II, 31 gennaio 2014, n. 199 cui si allinea anche la successiva sentenza del 29 gennaio 2015, n. 157) ove si afferma che la tutela del diritto alla salute «dovrebbe pur sempre essere salvaguardata almeno nel suo contenuto minimo, al di sotto del quale essa rimarrebbe un "guscio vuoto" e che si "identifica proprio nei Livelli Essenziali di Assistenza" il (cui) soddisfacimento [...] non dipende solo dallo stanziamento di risorse, ma anche dalla loro allocazione e utilizzazione» (Corte cost. Sent. n. 36 del 2013) ... che spetta alle singole amministrazioni (nella specie, alla Regione) predisporre in modo tale da contemperare i vari interessi costituzionalmente protetti che domandano realizzazione».

⁵⁴ A partire dal 2013 la Corte ha mostrato un certo interesse nei confronti di questo tema. Si segnala, in proposito, il seminario su «Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012», tenutosi a Roma presso il Palazzo della Consulta il 22 novembre 2013, i cui Atti sono stati pubblicati nel 2014. Sulla cd. incostituzionalità differita la decisione più significativa è Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10 (commentata, *ex multis*, da L. Antonini, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; R. Bin, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano*

Il problema del vincolo di bilancio legato alla scarsità delle risorse e ad esi-

in principi, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; M. D'Amico, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, ivi; C. Mainardis, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità (un'osservazione a C. cost. n. 10/2015)*, ivi; D. Messineo, «Accadde domani»: l'illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte costituzionale sulla "Robin Tax", ivi; R. Pinardi, *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d'incostituzionalità*, ivi; R. Romboli, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, ivi; A. Morelli, *Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in *Giurcost.org*, 2015, 483; R. Pinardi, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *www.giurcost.org*; M. Polese, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento*, in AIC n. 1/2011. D. De Pretis, *Rapporto sulla giurisprudenza recente della Corte costituzionale italiana*, cit., 140-141 ha affermato che «La variabile temporale gioca un ruolo decisivo» sui conti pubblici in ciascuna delle citate sentenze per «la necessità di bilanciare tutti i principi e i diritti di rango costituzionale in gioco, fra i quali il vincolo dell'equilibrio di bilancio imposto dall'art. 81 Cost., che sarebbero risultati gravemente violati dall'applicazione retroattiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale», nella sentenza n. 10/2015, per «la crisi economica gravante sul paese e dalla natura transitoria delle misure assunte» nella sentenza n. 178/2015, giudicando la previsione del blocco delle pensioni superiore a tre volte la pensione minima costituzionalmente illegittima in quanto «si limita a richiamare genericamente la "contingente situazione finanziaria", senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi». Ha parlato di «efficacia immediata (o irretroattiva)» della sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale R. Pinardi, *La Corte, i giudici e il legislatore*, Milano, 1993, 21 ss., assimilabile alla sentenza costitutiva di annullamento secondo F. Modugno, voce *Annullabilità e annullamento*, I) *Diritto pubblico*, in *Enc. Giur.*, 1988. In argomento, cfr. M. Luciani, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 107; M.R. Morelli, *Esiti del seminario*, ivi, 417. Sull'ammissibilità ed i limiti al ricorso reale o apparente al potere di graduazione degli effetti delle sentenze, cfr. G. Zagrebeksky, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, 69; S.P. Panunzio, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 273 ss.; R. Pinardi, *Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni. Le decisioni di "incostituzionalità sopravvenuta" e di "incostituzionalità differita" e le tecniche monitorie*, in *Il Foro italiano*, 1998, 156 ss.; M.R. Morelli, *Declaratoria di illegittimità "dal momento in cui". Genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1988, 512 ss.; Id., *Incostituzionalità «sopravvenuta» (anche a «ridosso di precedenti pronunzie monitorie, per successiva inerzia del legislatore») e declaratorie di illegittimità «dal momento in cui» (ovvero anche ex nunc). Alla ricerca di nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento, al di là del dogma della retroattività dell'effetto*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 171 ss.

In senso contrario, cfr. M. D'Amico, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993; Id., *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi, Torino, 1993; S. Fois, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 37, ha in proposito osservato che «il potere della Corte di disporre dell'efficacia temporale [...] non solo non risulta previsto da nessuna norma di livello costituzionale, ma sembra addirittura escluso dal combinato disposto [...] dell'art. 136 e dell'art. 1 l. cost. del 1948». Sui «limiti intrinseci» al potere dispositivo della Corte costituzionale, cfr. C. Mezzanotte, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, cit., 42. Le cennate sentenze hanno riaperto un dibattito che sembrava ormai sopito essendo il ricorso alle decisioni «manipolative verso il passato» ormai desueto, anche in considerazione dei numerosi problemi applicativi cui aveva dato luogo (in proposito, cfr. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2013, 485).

genze redistributive (o di riqualificazione della spesa) in funzione della tutela degli interessi ha reso necessario, altresì, un contemperamento con il diritto all'istruzione ed in particolare con il diritto al sostegno degli alunni disabili che pure, ad avviso della giurisprudenza, non si sottrae ad una valutazione comparativa con altri diritti ed interessi di pari rango. Ciò in quanto se, da un lato è pacifico che l'alunno disabile ha diritto ad avere un insegnante di sostegno, è altrettanto vero che la p.a. ha il potere di predeterminare le ore a lui spettanti operando un bilanciamento tra il diritto in questione e la scarsità delle risorse disponibili.

Si segnala, in proposito, una recente sentenza della Corte di Cassazione⁵⁵ richiamata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁵⁶ sul riparto di giurisdizione nelle controversie aventi ad oggetto la pretesa dell'alunno disabile ad avere un insegnante di sostegno per un certo numero di ore individuate dal piano educativo individualizzato. In particolare, la Corte di Cassazione nella citata decisione ha operato una netta differenziazione ai fini del riparto della giurisdizione fondata sull'esatta individuazione del momento in cui sorge la controversia, specificando alcuni principi a proposito dei limiti che il potere discrezionale del legislatore incontra e sulle garanzie e i doveri che incombono sulla p.a. per favorire «la fruizione effettiva del diritto, costituzionalmente protetto, dell'alunno disabile all'istruzione, all'integrazione sociale e alla crescita in un ambiente favorevole allo sviluppo della sua personalità e delle sue attitudini»⁵⁷.

⁵⁵ Cass. SS.UU., 25 novembre 2014, n. 25011. In dottrina, cfr. S. Spuntarelli, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, spec., 755.

⁵⁶ Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7. Di recente, Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, cit., sull'intangibilità del nucleo essenziale del diritto allo studio dell'alunno disabile. Il principio trova applicazione anche nei confronti del diritto alla salute su cui si tornerà più diffusamente in seguito.

⁵⁷ La vicenda da cui è originato il giudizio pone non pochi problemi interpretativi. Nella fattispecie esaminata l'alunno disabile cui la p.a. aveva assegnato un numero di ore di sostegno inferiore a quelle reputate necessarie affermava di essere stato vittima di una condotta discriminatoria nell'accesso al servizio di istruzione in ragione della disabilità. Tale circostanza solleva un problema di non poco rilievo, atteso che la legge n. 2015/1993 tutela il soggetto dalle condotte discriminatorie anche derivanti da un provvedimento amministrativo lesivo di un interesse legittimo, nel qual caso è previsto un rito speciale e particolarmente celere che si svolge innanzi al g.o. che in materia antidiscriminatoria, secondo un orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, avrebbe giurisdizione esclusiva e pieni poteri (non solo di disapplicazione, ma anche di annullamento). Sembrerebbe, cioè, che la condotta discriminatoria in sé radichi la giurisdizione esclusiva del g.o., in un settore (tutela antidiscriminatoria) nel quale egli pertanto conosce il provvedimento amministrativo come fonte diretta e principale del danno nelle controversie concernenti il diritto dell'alunno disabile al sostegno scolastico in considerazione della natura dell'azione proposta (la mancata assegnazione di un numero di ore di sostegno adeguato alle esigenze di salute dell'alunno disabile si traduce in una condotta discriminatoria indiretta, cioè in ragione delle sue condizioni psico-fisiche o psicomotorie, perpetrata dall'Amministrazione nei suoi confronti). In questo caso il riparto della giurisdizione tra g.o. e g.a. opererebbe in base al vizio fatto valere e non in base alla natura giuridica della situazione soggettiva lesa. Invero, nel silenzio del legislatore, si ritiene che, come evidenziato dalla dottrina in tempi ormai remoti quando il sistema di giustizia amministrativa non aveva ancora acquisito l'assetto attuale, occorre considerare la fonte da cui proviene la lesione alla situazione giuridica soggettiva protetta (diritto soggettivo, diritto fondamentale, interesse legittimo) che, evidentemente, radica due differenti giurisdizioni, a seconda se sia espressione di un potere autoritativo o di un comportamento materiale (non c'è potere, pertanto, non c'è il provvedimento e quand'anche ci fosse, non essendo ad esso direttamente o

Il che vale a dire che anche un diritto fondamentale può essere sacrificato, ma entro certi limiti, come ha evidenziato la Cassazione con riferimento al diritto alla salubrità dell'ambiente (*rectius*: «pretesa» che la p.a. può legittimamente sacrificare realizzando una centrale elettrica o un inceneritore mediante l'esercizio di un potere attribuito dalla legge). Il che non significa che a fronte del potere amministrativo (discrezionale) il diritto fondamentale è sfornito di tutela, ma che essa si realizza nei modi e nelle forme previste dinanzi al g.a. chiamato a sindacare la scelta operata dall'amministrazione nel bilanciamento con gli altri valori o interessi pari ordinati.

A ben vedere, quindi, in questi casi più che di diritti fondamentali sarebbe più corretto parlare di interessi legittimi fondamentali (per loro stessa natura degradabili) suscettibili di lesione dall'esercizio del potere e, a monte, dalla legge attributiva dello stesso, impugnabile a sua volta nella misura in cui impone un sacrificio irragionevole e sproporzionato rispetto alle esigenze che si intendono realizzare⁵⁸.

Il diritto del disabile al sostegno scolastico, cui si è innanzi accennato, rappresenta un'ipotesi del tutto peculiare se solo si considera che il numero di ore viene assegnato all'esito di un procedimento «complesso» che si compone di

indirettamente riconducibile la lesione, e quindi il danno, il g.o. lo disapplica in via indiretta o incidentale). alla luce dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa (di legittimità ed esclusiva) presagita in tempi ormai remoti da autorevole dottrina (M. Nigro, *Introduzione*, in AA.VV., *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, I, 2140 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, spec. 1481) e confermata anche più di recente (S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giornale dir. amm.*, 1999, spec. 1226; A. Police, *Giurisdizione amministrativa. 2) Giurisdizione esclusiva*, in *Treccani.it*, 2015; Id., *Le forme della giurisdizione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 127-128. Per un'accurata ricostruzione del dibattito dottrinale sul tema dei rapporti tra giurisdizione esclusiva e diritti fondamentali, cfr., di recente, G. Verde, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, spec. 700). Sulla prevalenza del diritto fondamentale allo studio e all'istruzione dell'alunno disabile sulle esigenze finanziarie, sui limiti alla discrezionalità del legislatore e della stessa P.A. e sulla tutela, anche risarcitoria, per esso prevista, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2014, n. 5317 e 1° dicembre 2015, n. 5428. Di recente, Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023 ha statuito che i vincoli di finanza pubblica non possono sacrificare il diritto fondamentale allo studio ed all'istruzione del disabile, limitando anche la discrezionalità dell'amministrazione nell'assegnazione delle ore di sostegno. TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 9 ottobre 2015, n. 2519. Cons. Stato, Ad. plen. 12 aprile 2016, n. 7, cit.; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 27 febbraio 2015, n. 1330; sez. IV, 13 ottobre 2016, n. 4706; TAR Calabria, Reggio Calabria, 13 gennaio 2016, n. 39; Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275. Sul diritto all'istruzione, cfr. in dottrina, U. Pototschnig, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 96 ss.; A. Roccella, *Il diritto all'istruzione nell'ordinamento italiano*, in *Il Politico*, 1999, 467 ss.

Una risposta conforme è fornita dalla stessa legge antidiscriminazione che implicitamente riconosce in questi casi l'azione va esperita nell'ambito del giudizio amministrativo nell'ambito del quale le associazioni di categoria hanno la possibilità di spiegare intervento. D'altra parte, come affermato e ribadito più volte dalla stessa Corte costituzionale, il fatto che nella specie viene in rilievo un diritto fondamentale (id est, il diritto all'istruzione dell'alunno disabile) non basta a radicare la giurisdizione del g.o., posto che il g.a. può conoscere dei diritti fondamentali lesi da un provvedimento amministrativo. La tesi è stata da ultimo confermata da Cass. SS.UU., ord., 28 febbraio 2017, n. 5060 e 20 aprile 2017, n. 9966.

⁵⁸ Cfr. E. Sconditti, *I diritti fondamentali tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, I, c. 963.

una prima fase volta all'approvazione del piano educativo individualizzato (alla cui definizione provvedono congiuntamente, con la collaborazione dei genitori dell'alunno disabile, gli operatori delle unità sanitarie locali e, per ciascun grado di scuola, personale insegnante specializzato della scuola, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico-pedagogico individuato secondo criteri stabiliti dal Ministro della pubblica istruzione) in cui vengono determinate le ore di cui il soggetto ha bisogno, cui segue la fase di competenza della scuola in cui essa, in base alle risorse disponibili e sulla base del piano, assegna concretamente le ore. Ad avviso della Cassazione, la p.a. può intervenire con il suo potere discrezionale fino a quando non viene approvato il piano a fronte dell'interesse legittimo dell'interessato che da quel momento in poi potrà fruire di un numero di ore di sostegno non inferiore a quello previsto dal piano le cui previsioni non possono essere modificate *in peius* dall'amministrazione che in caso contrario sarebbe inadempiente venendo meno ad un preciso obbligo di provvedere in tal senso⁵⁹.

4. *I rischi connessi alle caratteristiche dimensionali e strutturali della Sanità*

Ma il grande equivoco della *spending review* è anche altro, ovvero i tagli di operatori e di risorse, la drastica riduzione dei posti letto, la crescente emergenza organizzativa di molti reparti, la chiusura di reparti e servizi funzionanti ed efficienti (oltre che necessari) pur di eliminare gli sprechi e risparmiare danaro pubblico, rinunciando tuttavia alla qualità delle prestazioni a scapito della salute dei cittadini e del diritto a ricevere cure adeguate.

La sostenibilità del SSN non dipende solo ed esclusivamente dalla disponibilità delle risorse, ma rappresenta una sfida globale sul piano culturale ed etico atteso che nel SSN non si annidano solo sprechi, ingiustizie e discriminazioni, ma anche il rischio corruzione, frodi e abusi per cause endogene ed esogene al sistema caratterizzato da estrema complessità, incertezze, conflitti di interesse ed altre variabili che sfuggono al controllo, che erodono le risorse già di per sé insufficienti e rappresentano un «costo» per la collettività che causa perdita di fiducia dei cittadini e si traduce in limiti all'accesso ai servizi, incidendo, sulla qualità e sull'equità, sull'efficienza e sull'efficacia degli interventi sanitari.

L'assenza di adeguati strumenti di prevenzione e repressione di tali fenomeni osta al ripristino della legalità, della trasparenza e dell'integrità nel settore

⁵⁹ L'assenza o la consumazione del potere discrezionale nella fase successiva alla formazione del piano farebbe rivivere la giurisdizione del g.o. In questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, cit. In senso critico, cfr. F.G. Scoca, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 859.

anche a livello politico-decisionale in funzione soprattutto della effettività e della tutela dei diritti dei cittadini-utenti mettendo seriamente a rischio la sostenibilità del SSN e la salute dei cittadini, in particolare di quelli più bisognosi di cure, almeno fino a quando questi temi non riacquisteranno centralità e priorità nelle politiche pubbliche.

Per non parlare del fatto che è soprattutto «nell'eccesso di legislazione e nell'oscurità delle leggi che si annida la corruzione (e che)... (n)on è semplice mettere in campo misure efficaci per contrastar(le)»⁶⁰, senza sottovalutare «la sovrabbondante discrezionalità delle pubbliche amministrazioni» e le gare al massimo ribasso anche su dispositivi salvavita denunciate di recente dai produttori lombardi di dispositivi medici ad alta tecnologia e dal Presidente dell'Istituto Superiore di Sanità che ha evidenziato i rischi per «la vita dei cittadini e (per il diritto a ricevere cure idonee)», precisando, altresì, che «si sbaglia anche sul fronte della spesa: un impianto sbagliato va rifatto, e il paziente torna in ospedale con ulteriore aggravio nei conti»; reparti di eccellenza attrezzati, ma mai aperti destinati ad essere smantellati per lasciare spazio ad un'altra disciplina della stessa area oltre la soglia del fabbisogno sanitario con aggravio di costi e grave pregiudizio per la tutela della salute dei cittadini⁶¹.

Numerosi sono inoltre i casi di *maladministration* recentemente verificatisi in numerose regioni, da Nord a Sud dell'Italia, che si sono tradotti in sprechi, inefficienze, e nell'uso improprio di risorse per strutture inutilizzate o sottoutilizzate (si pensi, ad esempio, alla ristrutturazione di Ospedali, successivamente chiusi perché non a norma e poi riaperti e potenziati ma che di fatto non sono mai stati attivati o solo per poco tempo), a scapito dei diritti della collettività e su cui indaga la magistratura contabile per l'accertamento dell'eventuale danno erariale.

⁶⁰ Cfr. M. D'Alberti, *Lotta alla corruzione e crescita economica*, in *Giustizia sociale, occupazione e crescita*, a cura di L. Paganetto, Roma, 2013, 69.

⁶¹ È il caso del reparto di ginecologia dell'Ospedale del Mare a Napoli composto da 48 posti letto distribuiti in altrettante stanze, quattro sale parto, sale travaglio, lactarium, cullette ed incubatrici, TIN, Osservazione breve intensiva, punto di primo soccorso al neonato, il tutto allestito con tecnologie all'avanguardia) che cede il passo alla Tredicesima Cardiocirurgia per essere trasferito, come pare, al Loreto Mare che tuttavia ad oggi è del tutto inadeguato allo scopo dovendo tra l'altro essere in gran parte ristrutturato, con grave danno per le attrezzature che con il tempo si deteriorano diventando obsolete. La stessa sorte è toccata al reparto di maternità dell'ospedale di Tortona, in provincia di Alessandria, da poco ristrutturato, con grave nocumento al diritto dei pazienti di ricevere le cure ed ai macchinari rimasti inutilizzati. M. D'Alberti, *La crisi globale e la sorte dei diritti fondamentali*, cit., 201 ha sottolineato che «la tutela della concorrenza può essere uno strumento essenziale per la protezione di diritti fondamentali e di diritti sociali. Il diritto della concorrenza è finalizzato a colpire il potere economico. E ciò è determinante per la protezione dei diritti fondamentali e sociali che, al giorno d'oggi, sono forse più minacciati dai poteri economici che non dai poteri pubblici». M.A. Sandulli, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana*, Bologna, 2016. A. Sandulli, *La persistente centralità dei servizi pubblici*, in *Munus*, 2016, n. 3, 609 ss.; Id., *Stato (sociale)*, in *Diz. Enc. Dir.*, Padova, 1996, vol. II, 1442.

Innumerevoli sono gli sprechi denunciati da cittadini, associazioni ed operatori sanitari tutt'ora in gran parte persistenti, dovuti alla cattiva allocazione delle risorse economiche, alle carenze organizzative dei servizi, al mancato utilizzo di beni e servizi; all'assenza di programmazione, al mancato utilizzo di attrezzature costose, alla cattiva gestione del personale sanitario, a seconda dei casi sottodimensionato o, al contrario, sovradimensionato o in esubero rispetto alla quantità degli interventi e delle prestazioni sanitarie rese o delle unità di personale impiegato, tra cui spicca un caso verificatosi di recente in Campania (a Nola un primario e uno staff per un solo posto letto, all'Asl Napoli 3 Sud 132 incarichi di vertice non previsti, al Cardarelli ed alla Federico II il caso dei reparti fotocopia) che hanno prodotto un danno erariale di circa 16 milioni di euro, in particolare in relazione all'assegnazione di incarichi di primario e viceprimario negli ospedali campani in esubero rispetto a quanto imposto dal governo in tema di *spending review* (dall'inchiesta della Guardia di Finanza di Torre Annunziata è emerso che, negli anni 2014 e 2015, sono stati retribuiti 523 incarichi di primari e pagate 1.915 indennità di dirigenza in eccedenza rispetto alla dotazione organica prevista)⁶².

Ma a proposito di *mala gestio* e sprechi delle risorse in sanità significativa è anche un'altra vicenda collegata alla recente legge n. 119/2017 (di conversione, con modificazioni, del Decreto 7 giugno 2017, n. 73) sull'obbligo di vaccinazione che costituisce un requisito di ingresso per l'accesso in asili nido e scuole d'infanzia per i bambini di età compresa tra 0 e 6 anni e la cui mancanza determina l'irrogazione di una sanzione pecuniaria nei confronti dei genitori di figli minori non vaccinati iscritti alla scuola dell'obbligo. Essa, infatti, ha imposto una riorganizzazione che è fonte di disservizi (e quindi di danno) al cittadino prontamente segnalati dai Sindaci i quali sono insorti nei confronti dei provvedimenti con cui, in particolare, alcune Regioni del Centro Italia di concerto con le ASL hanno disposto la chiusura degli ambulatori, manifestando le ragioni del dissenso ai «tagli» ai servizi essenziali nei Comuni aventi bacini d'utenza più consistenti di altri.

Anche in questo caso si nota la perdita del senso di solidarietà sociale nei confronti dei diritti (alla salute, oltre che all'autodeterminazione) che fanno capo al singolo, l'assenza in capo ai decisori di una visione globale del territorio, degli interessi e delle esigenze della popolazione residente nei Comuni impegnati a garantire la qualità e la sicurezza dei servizi di base per la salvaguardia della salute – soprat-

⁶² La Corte dei conti ha emesso complessivamente 49 provvedimenti (di cui 29 inviti a dedurre e 20 ordini autoritativi) nei confronti dei direttori sanitari di tutte le aziende sanitarie, universitarie e ospedaliere campane. Si pensi, ancora, a titolo meramente esemplificativo, al nuovo complesso operatorio dell'Ospedale San Paolo le cui sale solo in gran parte sono inutilizzate o in attività per poche ore al giorno o, al presidio ospedaliero di Lanusei (Nuoro) che sconta, altresì, la scarsità di medici, di infermieri e del personale paramedico, a fronte di bisogni sempre crescenti, ripercuotendosi sul raggiungimento degli obiettivi strategici.

tutto dei soggetti più deboli ed appartenenti a famiglie meno abbienti – ed a superare le difficoltà legate alla scarsità delle infrastrutture e dei finanziamenti.

Si evidenzia, peraltro, in questa circostanza, una sorta di «convergenza» tra le politiche di razionalizzazione della spesa sanitaria e l'esigenza di riorganizzazione dei centri di vaccinazione sottesa alla legge in esame che, ispirandosi ad un «dilatato» concetto di salute pubblica ed a «malintesi» principi di solidarietà, prevenzione e precauzione, dai contorni indefiniti e pressoché «immanenti» nell'ordinamento giuridico e nell'attività dei pubblici poteri, finisce per penalizzare le esigenze dei soggetti più deboli per età e per condizione economica costretti a sacrifici anche logistici non indifferenti pur di vaccinarsi.

Per non parlare delle lunghe attese per i vaccini sovente non risolutive nella situazione di caos e di emergenza in cui versano gli ambulatori ed i centri vaccinali ed il personale medico per la quantità delle vaccinazioni offerte al pubblico, quando non vi ostino l'assenza del vaccino nel giorno prefissato per la somministrazione o altri ostacoli burocratici che sovente si ripercuotono sull'appropriatezza e sulla qualità delle cure, sul diritto a ricevere la prestazione in tempi certi e con adeguata tempestività, sul diritto alla sicurezza delle cure, e sull'accesso ai servizi sanitari e sul diritto all'istruzione scolastica.

Quest'ultimo, in particolare, al contrario, sarebbe garantito da un provvedimento di autorizzazione temporanea all'accesso al servizio che, pur senza sminuire l'obbligatorietà della vaccinazione, segna tuttavia il passaggio da un regime di eccessiva e, a tratti, ingiustificata austerità ad una fase caratterizzata da una maggiore tolleranza burocratica e dalla semplificazione procedimentale che proprio di recente ha portato alla introduzione della autocertificazione, in attesa di ulteriori sviluppi.

5. *Conclusioni*

Le considerazioni innanzi svolte hanno svelato le principali criticità del SSN attraverso l'analisi di una pluralità di casi e situazioni che hanno per protagonisti i presidi ospedalieri ubicati in zone anche strategiche delle città che sono stati disattivati ed i cui reparti attivi sulla carta – in quanto mai o scarsamente utilizzati e dislocati presso altre strutture che dovrebbero soddisfare la domanda dell'utenza la quale rischia di risultare abnorme in quanto sproporzionata rispetto all'offerta di prestazioni e di servizi offerti dagli Ospedali «ospitanti» – danno vita ad una situazione che grava soprattutto sulla salute dei cittadini già notevolmente afflitti dalla presenza di liste d'attesa insostenibili presso gli altri ospedali e vittime del sovraffollamento dei Pronto Soccorso.

Ciò in quanto, evidentemente, gli interventi di razionalizzazione non si inquadrano nell'ambito di un piano di riorganizzazione complessiva del sistema che appare sempre più deficitario e rischia il collasso a fronte dell'inerzia dell'ASL, della Regione e del Ministero, ciascuno per la propria competenza.

In un settore caratterizzato ormai da tempo dallo spreco delle risorse (che tutt'oggi costituisce la principale causa di disavanzo), da gestioni clientelari e dall'asservimento del personale sanitario alla politica, ed in cui la sanità pubblica sembra aver smarrito definitivamente il ruolo di garante della salute individuale e collettiva dei cittadini che vengono sistematicamente privati dei loro punti di riferimento sul territorio, senza ricevere in cambio alcuna garanzia in termini di continuità di assistenza e qualità delle prestazioni e dei servizi (anche ambulatoriali), la mancanza di investimenti e di risorse ha innescato la spirale dei tagli e della chiusura di intere strutture e reparti non accompagnati dalla previsione di nuove modalità di assistenza pubblica efficienti ed efficaci, orientate ad una sana e prudente gestione finanziaria costantemente monitorata, il più possibile vicine ai cittadini nei quali si conseguenza cresce progressivamente il «mal di vivere» dovuto alla percezione della precarietà e dell'incertezza della cura.

Da circa vent'anni «risparmiare» è diventato l'imperativo categorico per lo Stato, per il cittadino e per le famiglie, ma le politiche di *spending review* che si sono susseguite nel corso degli anni hanno prodotto solo tagli, contrazione o sospensione di prestazioni e servizi fonte che hanno arrecato gravi disagi ai cittadini frapponendo ostacoli all'accesso alle prestazioni e alle cure. Si potrebbe facilmente osservare che ciò non si sarebbe potuto evitare dal momento che le risorse finanziarie si sono ridotte fino a diventare scarse, ma il punto è un altro e cioè che il risparmio è innanzitutto sinonimo di rinuncia non al superfluo o a qualcosa di controproducente, ma ad una priorità che a sua volta si ricollega ad un'idea o, se si preferisce, ad un ideale di rapporto tra lo Stato ed cittadino che tuttavia rischia di restare lettera morta in assenza di indirizzi precisi e confluenza degli sforzi verso obiettivi comuni.

Lo dimostra il fatto che sovente, come nel caso che ci occupa, il sacrificio economico del singolo e di interi gruppi è stato vanificato nel corso degli anni dagli sprechi e dagli effetti negativi della politica di *austerity* in sanità e dello Stato che infatti, contravvenendo alla Costituzione, non ha tutelato i risparmi dei cittadini né i loro bisogni operando tagli lineari alle prestazioni ed ai servizi, il che ha inciso sulla qualità degli stessi, sulla sicurezza delle cure e sul rischio per la salute dei cittadini (per la scarsa qualità dei dispositivi medici o per l'inadeguatezza, anche dal punto di vista igienico, dei reparti, o a causa dei ritardi dei trasferimenti dei pazienti presso strutture specializzate) messa a dura prova dai costi elevati e dall'aumento dei ticket per le prestazioni specialistiche e l'acquisto dei farmaci,

incrementando il fenomeno della mobilità anche al fine di ovviare i disagi dovuti all'intensificarsi delle liste d'attesa e/o alla carenza di prestazioni o di personale.

L'equivoco di fondo, che lascia trasparire un problema di metodo prima ancora che di merito, sta nel fatto che i Governi che si sono succeduti fino ai nostri giorni hanno considerato questa l'unica modalità di intervento sulla salute pubblica per far fronte alla scarsità di risorse, senza considerare gli effetti collaterali della *spending review* in molti settori della spesa pubblica.

È innegabile, tuttavia, che il comparto sanitario più di ogni altro è stato interessato, direttamente e/o indirettamente, dagli interventi di contenimento e razionalizzazione della spesa (che non si sono tradotti, tuttavia, nella razionalizzazione e nell'efficientamento di strutture e servizi), in misura sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti e che gli strumenti a tal fine utilizzati che hanno prodotto soprattutto effetti negativi, trascinando il SSN in una situazione cronica di emergenza e del tutto paradossale in cui l'esigenza sempre più pressante di un efficace controllo della spesa sanitaria induce ad accantonare i bisogni sempre crescenti dei cittadini, sovvertendo ruoli e responsabilità.

Al di là delle intenzioni, sono emerse incongruenze e criticità di cui è perfettamente consapevole la Corte costituzionale la quale, proprio al fine di ristabilire l'equilibrio anche nei rapporti tra le amministrazioni sanitarie alla luce del riparto delle funzioni in materia e delle relative responsabilità connesse all'imposizione del vincolo finanziario, ha chiarito che «[...] in attesa di una piena definizione dei fabbisogni LEA – misure più calibrate e più stabili di quelle fino ad oggi assunte sono utili per la riqualificazione di un servizio fondamentale per la collettività come quello sanitario». A tal fine, ha ribadito «che la programmazione e la proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate sono intrinseche componenti del principio di buon andamento (che) – ancor più alla luce della modifica intervenuta con l'introduzione del nuovo primo comma dell'art. 97 Cost. ad opera della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 [...] – è strettamente correlato alla coerenza della legge finanziaria», con la conseguenza che «organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate [...] in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente diventa fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, cui lo stesso legislatore deve attenersi puntualmente»⁶³.

⁶³ Così, Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169 che richiama il precedente (Corte cost., 29 gennaio 2016, n. 10) riaffermando principi successivamente ribaditi anche dalla successiva sentenza del 14 luglio 2017, n. 192. La Corte ha chiarito se, da un lato, «la determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale [...] la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti deve essere improntata alla leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività». Significativo, in tal senso, è stato l'impegno pro-

Che l'accesso ai servizi ed alle prestazioni e, quindi il diritto alla salute e la relativa tutela siano «finanziariamente condizionati» e legati sempre più alla situazione economica degli utenti è un dato ormai acquisito e incontestabile; che l'aumento della spesa sanitaria privata sia fonte di disagio e di povertà per la collettività costretta ad indebitarsi ricorrendo al prestito per curarsi non è una mera percezione, ma una triste realtà⁶⁴.

Lo stesso dicasi per le recenti *performance* del SSR che sono vertiginosamente precipitate da Nord a Sud, nell'ambito di un sistema molto diversificato al suo interno che svela una gestione inadeguata delle risorse rispetto agli obiettivi prefissati a livello nazionale e locale e l'inadeguatezza dei servizi e delle prestazioni che incentivano la mobilità interregionale, fonte di ulteriori diseguaglianze e di incremento della spesa sanitaria privata mettendo a rischio la salute dei cittadini⁶⁵.

Sono questi gli effetti della gestione finanziaria degli enti territoriali, frutto evidentemente di scelte che si sono rivelate sproporzionate rispetto alle risorse disponibili e che impattano sui livelli essenziali delle prestazioni connesse ai diritti sociali, sul costo del diritto alla salute e sulla tutela effettiva della salute dei cittadini affidati tra l'altro e sovente alle cure di primari «che non hanno mai fatto un concorso» o che tra l'altro, come di recente evidenziato dal Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone, gestiscono reparti «in proroga, con meccanismi assolutamente irregolari»⁶⁶.

fuso dalla Corte per ristabilire l'equilibrio nei reciproci rapporti anche in termini di responsabilità, precisando i limiti dell'intervento statale necessario ad assicurare l'equilibrio di bilancio che deve essere «ragionevole e tale da non pregiudicare le funzioni assegnate all'ente territoriale» intendendo con ciò porre un freno all'eccessiva riduzione delle risorse e (al) l'incertezza sulla loro definitiva entità (che) ... non consentono una proficua utilizzazione delle stesse [...] (finalizzata a) realizzare una corretta ripartizione delle risorse (a) garan(zia del) buon andamento dei servizi con esse finanziati» (così, Corte cost., 24 luglio 2015, 24 luglio 2015, n. 188; 29 gennaio 2016, n. 10 e, da ultimo, 12 luglio 2017, n. 169, cit.). Su tale interpretazione ermeneutica si è attestata la dottrina la quale ha evidenziato l'importanza del «modulo collaborativo tra lo Stato e le regioni (che) resta la chiave di volta del sistema delle competenze statali e regionali per la salute: approccio che è stato ribadito da ultimo nella disciplina delle procedure di definizione e aggiornamento dei LEA, secondo le previsioni nuovamente esplicitate dal legislatore nella legge di stabilità per il 2016...c(al chiaro scopo) di rafforzare e valorizzare il modello collaborativo tra lo Stato e le autonomie regionali» (così, M. Morana, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, cit., 11).

⁶⁴ Nel Rapporto Censis 2017 si parla dei cd. «salute impoveriti» per indicare «i nuovi poveri della sanità e della malattia» e cioè le famiglie appartenenti al ceto medio che per far fronte ai costi delle spese mediche hanno dovuto impiegare tutti i loro risparmi o si sono indebitati sacrificando altri bisogni o esigenze che sono passati in secondo piano operando così delle scelte che hanno comunque inciso sul loro tenore di vita.

⁶⁵ Di recente su questi temi, L. Violini, *Salute e sanità nelle regioni italiane: un quadro differenziato di crescente complessità tecnica, politica e finanziaria*, in *Le Regioni*, 2016. G. Fattore, *La mobilità sanitaria, un dato preoccupante*, Milano, 2014, in *Salutedadifendere.it*.

⁶⁶ Così si è espresso Raffaele Cantone, Presidente dell'ANAC, denunciando il legame esistente tra sanità, politica e criminalità, il problema della cd. chirurgia omissiva da parte di medici che «non vogliono cioè più fare gli interventi a rischio e questo per timore di contenziosi legali con i pazienti ma anche per la presenza di dispositivi medici di bassa qualità e dunque non sicuri, dai bisturi alle suturatrici» e gli evidenti riflessi sul problema della medicina difensiva. Cfr., di recente, S. Grieco, *La responsabilità penale del sanitario dopo la riforma Gelli-Bianco: profili di diritto sostanziale e processuale*, in *Dirittifondamentali.it*

L'esperienza fin qui maturata, infatti, dimostra che le priorità dei cittadini evidentemente non collimano con quelle della «politica sanitaria (che) oltre a liberare le prestazioni assistenziali e i servizi da truffe, sprechi, abusi e clientelismi parassitari, deve tenere conto dei rapidi cambiamenti avvenuti in questi ultimi decenni: dall'inversione della piramide demografica alla rivoluzione delle malattie acute a quelle croniche, dall'aumento dei malati "complessi" affetti da co-morbilità, ai soggetti "fragili" e ai disabili» che proprio perché necessitano di cure costanti e, soprattutto, costose, sono quelli più penalizzati dai tagli e dagli sprechi⁶⁷.

Tale ultima circostanza svela una situazione grave e piuttosto discutibile caratterizzata da «differenze (ina)accettabili nell'accesso ai servizi di tutela della salute, come risultato dei tagli previsti dalla *spending review*, (fonte) di (inefficienza in tutte le sue forme), sprechi e [...] spese ingiustificate (che possono, altresì, avere) rilevanza penale (destando più di una perplessità anche da un punto di vista) etico»⁶⁸.

Ciò induce una ulteriore riflessione sulla complessa relazione esistente tra risorse, efficienza ed efficacia nell'uso delle stesse, qualità ed accesso ai servizi, evidenziando a monte l'esistenza di un problema di moralizzazione e di coscienza civica che impone di affrontare con particolare serietà e rigore la questione della revisione della spesa pubblica in Sanità da attuarsi attraverso la ristrutturazione «dal basso» del SSN, per la sua stessa sopravvivenza, nel tentativo di conciliare salute e spesa, oltre che per una maggiore efficienza dei servizi al cittadino.

In concreto, quindi, occorre ripensare alla politica sanitaria in Italia attuando una vera e propria «rivoluzione copernicana» che ristabilisca la priorità del diritto alla salute rispetto alla revisione della spesa pubblica, nella consapevolezza dell'esistenza di una biunivoca correlazione tra di essi tale per cui l'eliminazione degli sprechi e delle inefficienze è indispensabile per la tutela del diritto alla salute, ponendo al centro del sistema l'individuo con le sue esigenze, la protezione sociale di base del cittadino-utente, l'organizzazione e l'efficienza dei servizi.

Abbandonando, quindi, definitivamente la logica dei tagli lineari, e sul presupposto che i futuri interventi sulla spesa non postulano il sacrificio e, quindi, la subordinazione della salute individuale e collettiva alle esigenze di bilancio, ma sono diretti a tutelare valori complementari e non competitivi, la razionalizzazione del SSN dovrebbe puntare, piuttosto, sulla qualità della spesa, sulla ottimizza-

⁶⁷ Così, A. Pagni, *Strategie della spending review*, in *Bioetica*, 1-2/2014, 200.

⁶⁸ Così, V. Agnoletto, *Sprechi, tagli e diritti: alla ricerca di un equilibrio*, in *Bioetica*, 1-2/2014, 208. M.T. Busca, *È proprio vero che la vita umana non ha prezzo?*, ivi, 195 analizza le implicazioni delle politiche di *spending review* sulla vita dei cittadini e sulla professione sanitaria, in particolare il mutamento di prospettiva e di analisi del contesto, osservando che «Quando l'impegno finanziario è gravoso, quello che sembrava essere un punto fermo della professione sanitaria diventa opaco e incerto, e forse si scioglie cedendo il passo ad altre esigenze: quelle di far quadrare il bilancio. In questo senso la *spending review* pone un problema decisivo per l'etica dell'assistenza sanitaria, soprattutto in uno Stato come il nostro che prevede in Costituzione il "diritto alla salute"».

zione dei risparmi e degli investimenti in sanità, sulla formazione e sulla responsabilizzazione dei sanitari, sulla informazione, sulla semplificazione procedurale e l'innovazione tecnologica (previa razionalizzazione degli impianti in dotazione), sulla informatizzazione dei servizi e sulla corretta allocazione delle risorse per la tutela della salute dei cittadini, al fine di rappresentare un volano per l'economia e un'occasione per il rilancio della competitività del Paese⁶⁹.

È, infatti, principalmente nell'interesse di questi ultimi, onde evitare che le suddette criticità si cronicizzino ancora di più trasformando l'emergenza sanitaria in un caso nazionale, che occorre assumere decisioni da attuare tempestivamente, a livello centrale e regionale, per il miglioramento della qualità dei servizi e l'eliminazione di tutti quei fattori che favoriscono la costituzione o il consolidamento della corruzione, abusi, frodi, sprechi (connessi alla domanda di prestazioni diagnostiche e terapeutiche), ecc.; adottare le misure necessarie per promuovere la trasparenza intensificando i controlli anche nei settori collegati e rimediare ai danni già verificatisi; ridefinire l'assetto organizzativo; stabilire il livello di finanziamento del SSN e di assistenza sanitaria sul territorio; avviare l'integrazione socio-sanitaria degli interventi coinvolgendo anche esponenti della società civile e dell'imprenditoria privata; attuare una strategia efficace per riequilibrare la spesa sanitaria pubblica e privata; ripristinare il rapporto tra personale medico e paramedico e posti letto disponibili in base alle effettive esigenze dell'utenza; razionalizzare acquisti ed investimenti per la salute in personale, macchinari, strutture di assistenza al fine di assicurare cure e terapie adeguate e proporzionate ai reali bisogni di salute dei cittadini facilitando, altresì, l'uso appropriato e corretto delle strutture ospedaliere presenti sul territorio.

Sotto altro profilo, l'indagine ha svelato la crisi delle categorie giuridiche tradizionali che si appalesa proprio con riferimento alla relatività della tutela del diritto alla salute che in tale contesto rischia di rimanere «fisiologicamente insoddisfatto»⁷⁰ assumendo, pertanto, la consistenza di interesse legittimo suscettibile di essere sacrificato per ragioni di interesse economico. Tale constatazione se, da un lato, segna il definitivo superamento della tesi della indegradabilità o inaffievolibilità dei diritti fondamentali della persona, a fronte di una precisa scelta legislativa destinata a trasfondersi nel provvedimento amministrativo, che sancisce in maniera inequivoca la relatività della tutela di un diritto (non a caso) condizionato, dall'altro induce a riflettere sull'obiezione della dottrina secondo

⁶⁹ In Italia la spesa per la Sanità è tra le più basse d'Europa, pertanto essa va riqualficata ed i risparmi investiti nel medesimo comparto. L'esperienza della Regione Emilia Romagna costituisce un esempio di *best practice* e di gestione efficace delle risorse provenienti dai tagli operati in sanità ed investiti in programmi carenti nel medesimo settore quali il potenziamento delle strutture, l'apertura di Case della Salute, la riduzione delle liste d'attesa, ecc.

⁷⁰ Così, F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 174.

cui non può esserci bilanciamento tra valori ontologicamente diversi che, per quanto astrattamente condivisibile, deve essere attualizzata anche alla luce dell'interpretazione della giurisprudenza e dell'opera meritoria e dell'impegno profuso nel tentativo di gestire la «complessità» del sistema in cui coesistono diritti sociali ed interessi economici.

La difficoltà sta proprio nel ricercare un punto di equilibrio tra due valori non inconciliabili, pur nella consapevolezza che condizione necessaria e sufficiente per la sopravvivenza del SSN e per la salvaguardia dei diritti sociali è che tra essi «deve continuare ad intercorrere una relazione di mezzo a fine. E dunque se è evidente che il mezzo – le risorse finanziarie – va tutelato se è condizione di realizzazione del fine – il soddisfacimento dei bisogni delle persone in vista della preservazione della loro dignità – tale tutela non può spingersi fino ad acquisire il medesimo valore del fine»⁷¹.

In tale contesto, ha assunto un ruolo fondamentale il g.a. cui «cittadini e amministrazioni chiedono ogni giorno di [...] vigilare sulla proporzionalità e ragionevolezza della regolazione economica»⁷² risolvendo i *conflitti*, componendo gli *interessi* eterogenei in settori cruciali in cui occorre stabilire la priorità tra tutela dei diritti sociali fondamentali (istruzione, salute, ecc.) e vincoli finanziari, assumendo, infine, una decisione in merito all'assetto degli stessi raggiunto nel provvedimento amministrativo. Così, a titolo meramente esemplificativo, il g.a. senza disconoscere l'esistenza di ostacoli di natura economico-finanziaria, ha stabilito che nei casi grave di disabilità o di soggetti particolarmente bisognosi di cure costanti in quanto affetti da malattie croniche, la carenza delle risorse non deve pregiudicare il «nucleo irriducibile» del diritto alla salute di chi ne «domanda piena ed esaustiva tutela» a tal fine richiedendosi una «diversa allocazione delle risorse disponibili, che spetta alle singole amministrazioni (nel caso, alla Regione)

⁷¹ Così, C. Buzzacchi, *Spesa pubblica ed indebitamento: le regole dei nuovi artt. 81 e 97 Cost.*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 2/2016, 421 ss. Il rapporto di mezzo a fine implica, altresì, la previsione di una disponibilità più elastica non tanto in funzione delle esigenze attuali, quanto piuttosto delle eventuali future necessità socio-sanitarie.

⁷² Così, A. Pajno, *Relazione all'Inaugurazione dell'anno giudiziario*, Roma, Palazzo Spada, 30 gennaio 2018, in *Giustizia-amministrativa.it* il quale, contrapponendosi allo scetticismo di molti, riconosce che compiendo le proprie valutazioni sulla base delle norme e degli interessi che volta per volta vengono in rilievo, il g.a. assume un ruolo che non gli è proprio, «“interferente” con la sfera delle decisioni politiche (che) è anche il portato di un deficit strutturale dell'attuale ordinamento positivo e non del protagonismo individuale dei giudice». Particolarmente enfasi è stata posta sulla ricorrenza degli ottanta anni dall'approvazione delle leggi razziali e del settantesimo anniversario della Carta costituzionale che sancisce il principio di uguaglianza tra tutti i cittadini ed il diritto di difesa dinanzi al giudice munito di giurisdizione, sottolineando, altresì che «Forse il miglior modo di comprendere il valore della nostra Costituzione sta nel considerare che tutti quei diritti che quotidianamente consideriamo scontati – l'accesso all'istruzione per tutti, la sanità pubblica, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di insegnamento, la libertà di riunione – semplicemente non ci sarebbero senza di essa».

predisporre in modo tale da contemperare i vari interessi costituzionalmente protetti che domandano realizzazione»⁷³.

In assenza di una rigida e predeterminata gerarchia tra i beni interessi tutelati, è legittimo ritenere che il g.a. è chiamato a svolgere – anche nel prossimo futuro – un ruolo da protagonista piuttosto delicato ed oneroso adottando secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza tutti i provvedimenti idonei allo scopo.

Ancora più complessa è la posizione assunta dalla Corte costituzionale, come evidenziato dalla dottrina la quale non ha potuto fare a meno di constatare che «sulle giurisdizioni costituzionali si sono scaricate, negli anni, pretese sempre più elevate, talvolta insigibili. Così [...] si è chiesto loro di sostituirsi ai legislatori nell'esercizio della funzione di *mediazione* sociale (laddove è proprio dei giudici, semmai, assicurare prestazioni di *moderazione* dei conflitti)»⁷⁴.

Vero è che il ricorso al g.a. in questo come in altri contesti non è, né potrebbe mai essere considerato la «panacea di tutti i mali» di un settore che, salvo limitate eccezioni, vede il diritto alla salute – specie delle fasce più deboli della popolazione – in lenta ma costante recessione vista la tendenza ormai inveterata delle politiche di *spending review* a sacrificare i diritti sociali mettendo a repentaglio la tenuta del SSN e perfino la sopravvivenza dello Stato, rappresentando essi «una sorta di “precondizione” della democrazia»⁷⁵. Le pronunce della Corte costituzionale e del g.a. potrebbero assolvere, semmai, ad un'altra importante funzione che è quella di richiamare lo Stato alle proprie responsabilità e di alleggerire, per quanto possibile, la tensione tra diritti sociali, livelli essenziali di assistenza ed equilibrio di bilancio⁷⁶.

⁷³ Si segnala, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 809 (commentata da F. Paterniti, *La necessaria collaborazione tra enti locali nelle azioni di sostegno alla disabilità al fine di tutelare il diritto fondamentale all'istruzione*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018) che richiamando la già citata sentenza della Corte costituzionale (16 dicembre 2016, n. 275, cit.) – a proposito dei servizi strumentali alla tutela ed alla garanzia del diritto fondamentale all'istruzione – ne ha precisato i reciproci rapporti e l'ampiezza delle garanzie riconosciute agli studenti affetti da disabilità anche gravi chiarendo che «il servizio di trasporto scolastico e di assistenza [...] per lo studente disabile [...] costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto» con la conseguenza che le amministrazioni coinvolte (Provincia, Regione e Comune) sono tenute nell'ambito delle rispettive competenze ed in ossequio al principio di leale collaborazione ad attivarsi incondizionatamente al fine di assicurare la concreta erogazione dei servizi in favore degli aventi diritto. In precedenza, cfr. TAR Piemonte, sez. II, 29 gennaio 2015, n. 157 che richiama la precedente sentenza del 31 gennaio 2014, n. 199. In dottrina, cfr. M. Midiri, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo* cit., 9. D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, cit., 13 ha chiarito che il criterio per effettuare il bilanciamento «non (è) certo (quello del)la fundamentalità».

⁷⁴ M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei Sessant'anni della Corte costituzionale*, cit., 15. Sui criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa per la risoluzione dei conflitti insorti tra diritti equidistanti, cfr. D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, cit.

⁷⁵ A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *AIC* n. 1/2017, 2.

⁷⁶ Cfr. M. D'Alberti, *Principi del diritto europeo e giurisdizione amministrativa*, cit., 285 ha chiarito che in base all'art. 1 c.p.a., il g.a. «è chiamato a costruire una giurisprudenza per principi» dell'ordinamento interno e del diritto dell'Unione europea [...] in cui «vi è anche il protagonismo dei diritti non economici e delle liber-

La salute ai tempi della spending review: come conciliare il controllo della spesa sanitaria con l'effettività del diritto alla salute e della relativa tutela giurisdizionale

L'articolo affronta il problema della sostenibilità del SSN e dell'accesso alle prestazioni sanitarie ed alle cure. Partendo dai dati e dalle statistiche che svelano numerosi e persistenti ritardi ed inefficienze ed evidenziando alcuni passaggi particolarmente significativi in cui si condensano le principali criticità delle politiche di *spending review* degli ultimi anni, l'indagine intende dimostrare che il SSN non possa ormai considerarsi un sistema universale ma, piuttosto, un privilegio per pochi «al tempo dell'universalismo selettivo» caratterizzato da «disparità crescenti, spesa privata e sanità negata» per l'esigenza di garantire l'equilibrio di bilancio e che se, da un lato, il SSN è fonte di sprechi, ingiustizie e discriminazioni dovute all'asservimento del diritto alla salute alle logiche del mercato, dall'altro non va neanche sottovalutato il rischio di illegalità e corruzione e le conseguenze che la grave perdita di efficienza del sistema produce nei rapporti tra i cittadini e le Istituzioni.

Healthcare in times of spending review: how to reconcile the control of healthcare budget with the effectiveness of the right to healthcare and the relative jurisdiction

The paper deals with the problem of the National Health Service (NHS) sustainability and with the access to the health services and to the medical care. Starting from the data and the statistics revealing numerous and persistent delays and inefficiencies and highlighting some particularly significant passages representing, in recent years, the main critical issues of *spending review* policies, the analysis aims to demonstrate that today the SSN cannot be considered a universal system but it is becoming a privilege for few people «at the time of selective universalism» characterized by «increasing disparities, private spending and denied health care», due to the necessity to guarantee budgetary balance. Furthermore, the analysis highlights that if, on the one hand, the NHS is a source of wastefulness of resources, injustices and discriminations, due to the subjugation of the right to health to the market logic, on the other hand, the risk of illegality and corruption – and the consequences produced by the serious loss of system efficiency on the relationships between citizens and institutions – cannot be underestimated.

tà fondamentali garantite dalla CEDU”, assolvendo, quindi, ad una «funzione “equilibratrice” anche nel bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze di bilancio».