

Fascicolo 1 / 2017

INDICE SOMMARIO

1. A. Nicodemo e D. Ciarniello,
Sull'obbligo di approvvigionamento tramite Consip s.p.a. per gli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario Nazionale (Pag. 3)
 2. P. Pompei,
Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità civile nella medicina d'emergenza (Pag. 19)
 3. R. Alfarano e D. Runci,
Aspetti problematici sugli oneri di compartecipazione degli utenti ai costi per i servizi socio-sanitari (Pag. 48)
 4. E. Giusti,
Medicina specialistica e nuova responsabilità (Pag. 78)
 5. S. Landini,
Il ruolo delle assicurazioni nella tutela della salute (Pag. 88)
 6. A. Di Padova,
L'assistenza tutelare: necessario strumento di garanzia della dignità umana (Pag. 94)
-

Numero: 1 del 2017

Autore: **Antonio Nicodemo**

Dottore di ricerca in Diritto Pubblico presso la “Sapienza” – Università di Roma e Docente di Diritto Amministrativo e Diritto Processuale Amministrativo presso la SSPL della Luiss – G. Carli;

Damiano Ciarniello

Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo Europeo dell’Ambiente presso la “Sapienza” – Università di Roma

Sull’obbligo di approvvigionamento tramite Consip S.p.A. per gli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale

Sommario: 1. Gli acquisti centralizzati tra le esigenze di risparmio e la compressione dell’autonomia contrattuale; 2. L’attuale assetto normativo; 3. L’autonomia negoziale potenzialmente frustrata dalle politiche di spending review; 4. Il gioco dei valori: autonomia negoziale e riduzione della spesa; 5. Conclusioni.

1. Gli acquisti centralizzati tra le esigenze di risparmio e la compressione dell’autonomia negoziale

Da oltre un quinquennio ormai il legislatore interviene in materia di spesa nel settore sanitario elevando progressivamente l’obbligatorietà degli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario, come individuate dallo stesso legislatore, avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della Consip S.p.A.

Quanto appena detto è confermato dalla circostanza che oggi la violazione degli adempimenti previsti dal legislatore costituisce illecito disciplinare ed è causa di responsabilità per danno erariale, e i singoli contratti relativi alle categorie merceologiche individuate non possono essere prorogati oltre la data di attivazione del contratto aggiudicato dalla centrale di committenza. Le proroghe sono nulle e costituiscono illecito disciplinare nonché causa di responsabilità amministrativa.

I costanti interventi del legislatore (che con il paragrafo che segue saranno specificatamente descritti), costituiscono, infatti, il tentativo di canalizzare la spesa degli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale in una direzione unica riducendone l’entità e contrastando, al tempo stesso, fenomeni come quello delle proroghe che la centralizzazione degli acquisti ha inevitabilmente ingenerato.

L’ambito disciplinare in cui ci muoviamo è quello dei contratti pubblici da sempre oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore dell’Unione europea. Tale ambito è stato, infatti, individuato quale volano per la crescita dell’economia dell’Unione europea e per l’apertura dei

mercati dei singoli Paesi membri. A tal riguardo è necessario rilevare che il principio che informa la materia dei contratti pubblici è quello della concorrenza – altrimenti ricordato come principio del *favor participationis* – che impone la massima apertura del mercato dei contratti pubblici alle imprese (soprattutto alle piccole e medie imprese) e che si colloca sempre ad un livello superiore rispetto ad altre esigenze, quale potrebbe essere quella di contenimento della spesa pubblica.

In tale ottica va subito rilevato che l'obbligo di approvvigionamento mediante una centrale di committenza era inizialmente previsto per le amministrazioni statali proprio al fine di garantire la razionalizzazione della spesa pubblica, mentre le restanti amministrazioni pubbliche erano tenute soltanto a rispettare i parametri prezzo e qualità contenuti nelle convenzioni – quadro concluso dalla centrale di committenza nazionale. Tali vincoli sono stati prima rafforzati ed estesi anche agli enti pubblici e privati interamente partecipati dallo Stato, successivamente limitati prevedendo l'obbligo di utilizzo delle convenzioni di Consip S.p.A. unicamente per l'acquisto di beni e per l'approvvigionamento di pubblici servizi caratterizzati dall'alta qualità dei servizi stessi e dalla bassa intensità di lavoro e poi ai beni e servizi a rilevanza nazionale e nuovamente ampliati ricomprendendo nel novero dei soggetti obbligati a ricorrere alla centrale di committenza nazionale anche gli Enti pubblici del servizio sanitario nazionale¹, gli istituti e scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative ed universitarie e agli enti locali.

Si è assistito nel corso degli anni alla generalizzazione dell'obbligo di ricorrere all'attività svolta da tali soggetti, con la conseguente limitazione dei casi in cui le amministrazioni pubbliche possono realizzare autonome procedure di scelta del contraente. Tale circostanza, come anticipato, è particolarmente evidente nel settore sanitario ove, peraltro, in attesa della determinazione annuale di costi standardizzati, l'obbligo di ricorrere agli strumenti di acquisto e negoziazione telematica messi a disposizione da Consip S.p.A. o dalle centrali di committenza regionali è requisito per poter accedere al finanziamento integrativo del Servizio Sanitario Nazionale.

Tuttavia, perché il meccanismo previsto possa avere una effettività, è necessario che vi siano stretti contatti e una programmazione adeguata delle gare tra le diverse centrali di committenza.

Nel corso degli anni, infatti, a dispetto delle precise indicazioni fornite dal legislatore, si è registrata una vera e propria fuga dalla centralizzazione degli acquisti, in ragione del fatto che pressoché nessuna gara centralizzata risponde pienamente in concreto alle esigenze della singola Amministrazione, tanto che acquisti di beni o servizi “oltre convenzione” rientrano nella prassi assolutamente comune di tutti gli enti.

Dunque, se da un lato il processo di centralizzazione degli acquisti ha portato (*rectius*, porterebbe portare) ad una sensibile riduzione della spesa pubblica, dall'altro, il *deficit* di organizzazione e programmazione ha ridotto al minimo, almeno in questa prima fase, la concreta utilità del “modello di centralizzazione” determinando al tempo stesso una compressione dell'autonomia negoziale degli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale.

Con i paragrafi che seguono si cercherà dunque di riordinare l'attuale assetto normativo al fine di comprendere quali obblighi gravano in capo agli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale in materia di centralizzazione, individuando e sviluppando gli effetti collaterali che scaturiscono dall'indicato fenomeno.

¹ d.l. 6 luglio 2012, n. 95, Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, art. 13, c. 15, lett. d), convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135; in giurisprudenza C. St., Sez. III, 18 gennaio 2013, n. 288, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Cagliari, (Sardegna), Sez. I, 8 maggio 2013, n. 361, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina: P. AMOVILLI, *Obbligatorietà delle convenzioni Consip e nullità del contratto*, in *Urb. e app.*, 2014, 269.

2. L'attuale assetto normativo

Il complesso *iter* normativo inizia a muoversi nella direzione della centralizzazione a partire dal 2006.

A seguito di un lungo percorso legislativo sviluppatosi in materia di centralizzazione² dei contratti pubblici³, ad oggi gli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale, rientrano tra i soggetti tenuti ad acquistare beni e servizi tramite le centrali di acquisto regionali o nazionale.

Più nel dettaglio, in base al combinato disposto degli artt. 1 comma 449 della l. n. 296 del 2006 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, legge finanziaria 2007), art. 1 comma 7, d.l. n. 95 del 2012 e il successivo art. 15 comma 13, lett. d) viene sancito un vero e proprio obbligo per il servizio sanitario nazionale di utilizzare gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione da Consip S.p.A.

Infatti, il richiamato art. 1 comma 449 della l. n. 296 del 2006, impone l'obbligo a tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, di «approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro», precisando che gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A.⁴

Viene dunque ad essere sancito una sorta di criterio di sussidiarietà. Fermo restando l'obbligo di approvvigionamento tramite centrali d'acquisto, ove non siano già state approvate convenzioni con centrali di committenza regionali devono essere stipulate convenzioni con Consip S.p.A.

Le primigenie istanze nel senso della centralizzazione sono state valorizzate più di recente quando la cd. *spending review* ha assunto a livello ordinamentale un ruolo di assoluto e preminente rilievo.

Il comma 13 lett. d) dell'art. 15 del d.l. n. 95 del 2012, conv. in l. n. 135 del 2012 (c.d. *Spending Review*), infatti, stabilisce che gli Enti del SSN (ovvero, per essi, le Regioni e le Province autonome) per acquistare beni e servizi relativi alle categorie merceologiche presenti nella "piattaforma Consip" (vale a dire per tutte le categorie merceologiche presenti nelle Convenzioni stipulate dalla Consip S.p.A.), devono avvalersi degli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa Consip S.p.A. (cioè SDA e del MEPA), ovvero, se disponibili, dalle CRA di riferimento, pena la nullità dei contratti stipulati in violazione di detto obbligo e la conseguenza della responsabilità amministrativa e dell'illecito disciplinare⁵.

² In tema di aggregazione in dottrina si segnalano i seguenti lavori W. GASPARRI, *L'evoluzione della disciplina per la concentrazione della domanda di beni e servizi nell'amministrazione pubblica*, in SORACE D. (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, 2013; G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *Aperta Contrada* (www.apertacontrada.it), 2014.

³ Cfr. l. 23.12.1999 n. 488 art. 26 c. 3 sostituito prima dall'art. 3 comma 166, l. 24 dicembre 2003, n. 350 e poi dall'art. 1, d.l. 12 luglio 2004, n. 168, come modificato dalla relativa legge di conversione; l. 27.12.2006 n. 296 art. 1 comma 449, modificato prima dal comma 1 dell'art. 7 d.l. 7 maggio 2012, n. 52, come sostituito dalla legge di conversione 6 luglio 2012, n. 94, e poi dal comma 150 dell'art. 1, l. 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal 1° gennaio 2013, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1 comma 561, della medesima legge n. 228/2012.

⁴ In giurisprudenza sul punto si v. T.A.R. Torino, (Piemonte), Sez. I, 03/04/2015, n. 573, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵ La richiamata norma così recita <<d) fermo restando quanto previsto dall'articolo 17, comma 1, lettera a), del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, gli enti del servizio sanitario nazionale, ovvero, per essi, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi di importo pari o superiore a 1.000 euro relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Il rispetto di quanto disposto alla presente lettera costituisce adempimento ai fini dell'accesso al finanziamento integrativo al Servizio sanitario nazionale. Alla verifica del predetto adempimento provvede il Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti di cui all'articolo 12 dell'Intesa Stato-regioni del 23 marzo 2005, pubblicata nel supplemento alla Gazzetta Ufficiale n. 105 del 7 maggio 2005, sulla base dell'istruttoria congiunta effettuata dalla CONSIP e dall'Autorità nazionale anticorruzione. Le regioni e

La norma, conclusivamente, specifica che *«il rispetto di quanto disposto alla presente lettera costituisce adempimento ai fini dell'accesso al finanziamento integrativo al Servizio sanitario nazionale»*.

È proprio in queste righe che è possibile valutare l'importanza fondamentale attribuita dal legislatore alle istanze di centralizzazione.

La sanzione della nullità dei contratti stipulati in violazione dei suddetti obblighi è quella più grave che potrebbe astrattamente ipotizzarsi in un rapporto contrattuale.

La nullità, infatti, incide in maniera più radicale che non l'annullabilità sull'efficacia del contratto, conseguendo quando il vizio risulti più grave.

Autorevole dottrina ha rimarcato come spetti al legislatore valutare la gravità del vizio e graduare la risposta⁶, sicché con riferimento alla disposizione in esame non può negarsi che il legislatore abbia inteso attribuire all'obbligo primaria importanza.

Tutto quanto sopra premesso, appare all'uopo opportuna una disamina delle principali fonti di riferimento relative alle acquisizioni di beni e servizi tramite Consip S.p.A. per comprendere come la diversa terminologia utilizzata dal Legislatore assuma un valore dirimente rispetto agli obblighi dei soggetti pubblici afferenti al Servizio Sanitario Nazionale.

La l. 23 dicembre 1999, n. 488, all'art. 26 comma 3, così sostituito prima dall'art. 3 comma 166, l. 24 dicembre 2003, n. 350 e poi dall'art. 1, d.l. 12 luglio 2004, n. 168, come modificato dalla relativa legge di conversione, espressamente recitava: *«Le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse, anche utilizzando procedure telematiche per l'acquisizione di beni e servizi ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101. La stipulazione di un contratto in violazione del presente comma è causa di responsabilità amministrativa; ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo previsto nelle convenzioni e quello indicato nel contratto»*.

Successivamente, la l. 27 dicembre 2006 n. 296, all'art. 1, c. 449, ha stabilito che *«Nel rispetto del sistema delle convenzioni di cui agli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni, e 58 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le istituzioni universitarie, sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro. Le restanti amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, possono ricorrere alle convenzioni di cui al presente comma e al comma 456 del presente articolo ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti. Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento»*.

Successivamente, il sopra citato comma è stato modificato prima dal c. 1 dell'art. 7, d.l. 7 maggio 2012, n. 52, come sostituito dalla l. di conversione 6 luglio 2012, n. 94, e poi dal c. 150 dell'art. 1, l. 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal 1° gennaio 2013, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, comma 561, della medesima l. n. 228 del 2012, introducendo al termine dello stesso le seguenti parole *«ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A.»*.

le province autonome di Trento e di Bolzano mettono a disposizione della CONSIP e dell'Autorità nazionale anticorruzione, secondo modalità condivise, tutte le informazioni necessarie alla verifica del predetto adempimento, sia con riferimento alla rispondenza delle centrali di committenza regionali alle disposizioni di cui all' art. 1 comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 , sia con riferimento alle convenzioni e alle ulteriori forme di acquisto praticate dalle medesime centrali regionali>>.

⁶ Cfr. A.CATAUDELLA, *I contratti*, Torino 2009, 293.

Si tratteggia, quindi, un panorama che il legislatore ha fondato su due perni. Da un lato, come si è detto, la nullità dei contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionamento; dall'altro, la responsabilità amministrativa per la violazione di tali obblighi.

Una responsabilità la cui decodificazione in termini pratici va ravvisata non nella mera violazione di un obbligo formale ma nella violazione di una sostanziale e precettiva indicazione di approvvigionarsi mediante le centrali di committenza in ragione dei vantaggi economici che esse garantiscono alle amministrazioni.

Da un punto di vista letterale, come si può agevolmente constatare, il Legislatore nazionale ha sempre usato la terminologia letterale di “convenzioni” e di “convenzioni quadro”, imponendo sostanzialmente alle amministrazioni di stipulare contratti per adesione che, ove non confacenti con le specifiche necessità dell'Ente appaltante obbligato alla stipula, potevano determinare per lo stesso verso l'indizione di una gara propria (utilizzando, ove possibile, i parametri di prezzo-qualità previsti nella convenzione di riferimento).

La disciplina di riferimento è stata completamente stravolta con l'innovazione legislativa scaturente dal richiamato d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 comma 1, l. 7 agosto 2012, n. 135. L'art. 15, invero, recante “*Disposizioni urgenti per l'equilibrio del settore sanitario e misure di governo della spesa farmaceutica*”, al comma 13 non ha più utilizzato la dizione “convenzioni” e di “convenzioni quadro” ma quella, ben diversa, di “categorie merceologiche”.

Più precisamente il citato comma 13 alla lett. d), così recita «*Al fine di razionalizzare le risorse in ambito sanitario e di conseguire una riduzione della spesa per acquisto di beni e servizi:*

(.....) d) fermo restando quanto previsto dall'articolo 17, comma 1, lettera a), del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, gli enti del servizio sanitario nazionale, ovvero, per essi, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Il rispetto di quanto disposto alla presente lettera costituisce adempimento ai fini dell'accesso al finanziamento integrativo al Servizio sanitario nazionale. Alla verifica del predetto adempimento provvede il Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti di cui all'articolo 12 dell'intesa Stato-regioni del 23 marzo 2005, pubblicata nel supplemento alla Gazzetta Ufficiale n. 105 del 7 maggio 2005, sulla base dell'istruttoria congiunta effettuata dalla CONSIP e dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici» .

Il dato letterale è di non poco conto e induce palesemente alle seguenti conclusioni: non vi è più solo l'obbligo di aderire alle convenzioni bensì di utilizzare gli strumenti di acquisto messi a disposizione dalla Consip S.p.A. per le categorie merceologiche presenti sulla piattaforma.

Un tale diverso e strutturale obbligo posto in capo agli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale (sanzionato con la nullità del contratto e con la responsabilità amministrativa del dirigente), oltre che essere evidente nella suo lessico, ha una incontestabile e chiara finalità. Il Legislatore, con la nuova formulazione, ha inteso evitare quei comportamenti elusivi possibili e derivanti dalla mera adesione alle convenzioni Consip S.p.A.; in precedenza sarebbe, invero, bastato per un Ente evidenziare la necessità (anche fittizia) di servizi appena diversi per facultizzare lo stesso Ente all'indizione di una gara propria, con ciò eludendo la finalità di razionalizzazione della spesa sottesa alla obbligatorietà del ricorso alla Consip S.p.A..

Nell'attuale quadro legislativo di riferimento, invece, è sufficiente che la Consip S.p.A. ponga a disposizione degli Enti pubblici appartenenti al servizio sanitario nazionale una determinata

categoria merceologica per far sorgere in capo agli stessi Enti l'obbligo di utilizzare gli strumenti Consip S.p.A. e, in caso di necessità ulteriori (ma non prevalenti) di concordare con l'aggiudicatario "atti aggiuntivi" anch'essi previsti in fase di gara dalla Consip S.p.A. stessa.

Che il sistema voluto dal Legislatore produca gli effetti di contenimento dei costi appare indubitabile. Il legislatore ha quindi inteso operare un rafforzamento in chiave sostanzialistica dell'obbligo di acquisto tramite Consip S.p.A. derubricando alla minima rilevanza le ipotesi in cui sia consentito alle amministrazioni sanitarie di procedere autonomamente all'indizione della gara.

Quanto infine alla instaurazione del rapporto contrattuale, l'orientamento prediletto dal Legislatore è andato nel senso di stabilire la contrattualizzazione presso la P.A. aderente.

Tale indirizzo ha trovato conforto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato⁷.

Inoltre, il singolo contratto che vincola il fornitore scelto dalla Centrale di committenza e la P.A. che aderisce alla convenzione, è suscettibile di aggiustamenti ed estensioni utili ad adeguare le caratteristiche generali della stessa alle specifiche esigenze.

Ciò al fine di garantire delle eminenti e fisiologiche esigenze di flessibilità nell'ambito di un rapporto obbligatorio di durata.

Con la medesima pronuncia sopra richiamata, il Consiglio di Stato ha stabilito che è legittima la delibera con la quale un Policlinico Universitario, sul presupposto degli obblighi nascenti dalla l. n. 135/2012 sulla c.d. *spending review* ed al fine di regolarizzare la critica situazione contrattuale, ha aderito ad una convenzione stipulata da Consip S.p.A. per ottenere un risparmio di spesa, esprimendosi in termini di "opportunità" e non di obbligatorietà dell'adesione alla convenzione.

Viene quindi ammessa una sorta di sanatoria riguardo al mancato rispetto degli obblighi di acquisto mediante centrale di committenza.

La ragione è stata rinvenuta e, in generale deve ravvisarsi nella duplice circostanza che, diversamente opinando, si costringerebbe l'Amministrazione non solo a violare la normativa nazionale in materia di *spending review* ma anche a sostenere ulteriori spese per l'indizione di una nuova gara.

La *ratio* che ispira l'obbligo di aderire al sistema di approvvigionamento Consip – espressamente previsto dal legislatore nazionale come si è visto *supra* – va individuata nella riduzione della spesa pubblica oltre che nel controllo e nel monitoraggio sugli acquisti che sono effettuati dalle singole Amministrazioni nazionali e periferiche.

In questi termini va precisato che le amministrazioni aderenti alle "convenzioni Consip", stipulano singoli contratti di fornitura o di servizi con imprese (operatori economici più in generale) già selezionate attraverso pubbliche gare dalla centrale di committenza di Stato (Consip).

Lo scenario rappresentato dal Consiglio di Stato conferisce tutta una serie di parametri che consentono di stabilire quando le modalità di acquisto poste in essere dalle amministrazioni possano dirsi ossequiose della normativa nazionale che negli anni è stata prodotta in materia di centralizzazione degli acquisti e conforme principio di buon andamento costituzionalmente garantito che deve ispirare l'azione dell'amministrazione in ogni momento.

Senza dimenticare che lo "spacchettamento" dei servizi oltre ad essere elusivo della normativa comunitaria in materia di appalti, favorirebbe, altresì, interessi di soggetti terzi (ed è proprio questo che la normativa in materia di centralizzazione degli acquisti vuole evitare).

⁷ Cfr. C. St., Sez. III, 26 settembre 2013, 4803, in www.giustizia-amministrativa.it.

3. L'autonomia negoziale potenzialmente frustrata dalle politiche di spending review

Come può chiaramente evincersi dalle considerazioni esposte con i paragrafi che precedono, la problematica oggetto del presente contributo trae origine dalle difficoltà che incontrano oggi i principali attori del mercato (amministrazioni pubbliche e imprese) nel districarsi tra gli innumerevoli vincoli che incidono sull'autonomia contrattuale degli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale⁸. Accanto ad essi si pone ulteriormente la necessità di garantire una spesa sanitaria efficiente. L'**autonomia contrattuale**⁹, propria di tale categoria di soggetti pubblici, non può oggi dirsi piena in ragione dei vincoli posti dalle regole dell'evidenza pubblica. Essa, infatti, è condizionata anzitutto con riferimento all'aspetto riguardante la scelta del contraente¹⁰.

⁸ Con riferimento agli Enti appartenenti dal Servizio sanitario nazionale (SSN) è d'uopo fare subito le precisazioni che seguono. Il SSN italiano è un sistema pubblico di carattere universalistico e solidaristico, cioè garantisce l'assistenza sanitaria a tutti i cittadini senza distinzioni di genere, residenza, età, reddito, lavoro. Il SSN assicura un accesso ai servizi nel rispetto dei principi della dignità della persona, dei bisogni di salute, di equità, qualità, appropriatezza delle cure e economicità nell'impiego delle risorse. I cittadini esercitano la libera scelta del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito delle strutture pubbliche e private accreditate. Tutte le strutture che operano nell'ambito del SSN o per conto del SSN devono possedere specifici requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi come individuati dal D.P.R. 14 gennaio 1997. A tal riguardo, recentemente, la sezione III – Quater del Tar Lazio, Roma, con la sentenza n. 10510, pubblicata il 21/10/2016 ha avuto modo di precisare che gli ospedali pubblici rappresentano la vera e propria struttura del servizio sanitario nazionale, e il vero e proprio intervento diretto del servizio sanitario nazionale nei confronti della collettività, così come espressamente previsto dalla riforma del sistema attuata con la l. n. 833 del 1978, mentre tutte le altre strutture che in qualche modo confluiscono nello stesso sistema sono tutte in misura maggiore o minore complementari dello stesso sistema, per cui non può non rilevarsi che le strutture pubbliche, tenute comunque a rendere il **servizio**, debbono essere per quanto possibile messe in condizione di operare.

⁹ Sull'istituto dell'autonomia contrattuale sono doverosi i riferimenti ai privatisti B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione della teoria del negozio giuridico*, Napoli 1958; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova 2000, 14; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano 1970. Si v. inoltre U. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. giur.*, IX, Roma 1988, 10 ss.; Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 159; A. PACE, *Libertà « del » mercato e « nel » mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 327 ss. Oltre ai richiamati pilastri della scienza giuridica, sul tema dell'autonomia contrattuale si rinvia ai recenti scritti A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016 2 2, 141 – a150; C. CARRERA, *Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 11, 1221 – 1227; S. M. CARBONE, *Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche ed un'unica funzione*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, 11, 2, 591 – 607; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contratto e impresa*, 2013, 1, 69 – 90; A. M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, 6, 2, 573 – 614. In generale con riferimento all'istituto dell'autonomia contrattuale si segnala la recente pronuncia del giudice amministrativo che, sebbene con riferimento al tema dei contratti atipici, fornisce all'interprete utili indicazioni nell'attività di studio. Per la sez. VI del Consiglio di Stato (sentenza 16 luglio 2015, n. 3571), infatti, <<Un contratto atipico, espressione di autonomia negoziale, non è d'altra parte estraneo all'ambito dell'attività contrattuale di diritto privato, che l'Amministrazione è abilitata a svolgere, pur nell'osservanza delle regole procedurali pubblicistiche circa la formazione della volontà negoziale e l'individuazione del contraente, per rispettare i parametri di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione. Il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti – anche attraverso esternalizzazione di alcuni servizi – non richiede quindi, necessariamente, il ricorso a forme contrattuali tipiche disciplinate dalla legge, ma può all'occorrenza essere modulato in termini particolari, eventualmente misti, benchè col minore possibile di scostamento, rispetto ad analoghe fattispecie tipizzate e, comunque, nel rispetto dei concorrenti parametri legislativi (di natura mista, a titolo esemplificativo, sono stati ritenuti i contratti, rispondenti a criteri di housing sociale, nonché i contratti di sponsorizzazione: cfr., per il principio, C. St. Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 1; id. V, 1 luglio 2014, n. 4358; id. VI, 31 luglio 2013, n. 4034 e 12 novembre 2013, n. 5378)>>. Dunque si può certamente affermare che il principio della libertà di contratto, codificato nell'art. 1322 c.c., non è specificamente garantito per se stesso dalla Costituzione italiana. Infatti, se da un lato gli artt. 41 e 42 della Costituzione, garantiscono la libertà dell'iniziativa economica privata ed il libero godimento della proprietà privata, dall'altro consentono che a tali libertà siano imposti limiti, al fine di farli armonizzare con l'utilità sociale e render possibile l'adempimento di quella funzione sociale che non può dissociarsi dal godimento dei beni di produzione o, più generalmente, dall'esercizio di ogni attività produttiva. È così giustificata l'imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale, mediante la modifica o l'eliminazione di clausole di contratti in corso quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale, così, sul punto, C. cost., 27 febbraio 1962, n. 7.

¹⁰ Con riferimento a questo specifico aspetto si ritiene opportuno richiamare una significativa pronuncia della sezione V Consiglio di Stato, la n. 6281, del 13 novembre 2002 in www.giustizia-amministrativa.it che con riferimento agli enti pubblici in generale così ha specificato: «per gli enti pubblici la capacità di agire nei rapporti contrattuali non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell'Ente ma, invece, è strettamente correlata allo svolgimento da parte degli organi competenti di procedure definite in modo compiuto dal legislatore siano

In generale, con riferimento all'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, in dottrina è stato sostenuto che norme e principi pubblicistici rappresentano elementi derogatori rispetto alla disciplina comune¹¹. Tali connotati di specialità non valgono, tuttavia, a mutare la natura del contratto che conserva la propria matrice privatistica anche in presenza di una Amministrazione pubblica, come parte contraente, almeno per ciò che concerne la fase esecutiva dello stesso (contratto). Trovano, infatti, applicazione, con riguardo allo sviluppo del rapporto contrattuale, le norme di diritto comune¹².

Al ricorrere di determinati presupposti prescritti dalla legge, le pubbliche amministrazioni sono tenute ad agire in ossequio al corredo di regole imposte dall'evidenza pubblica. In questi termini, sono, infatti, obbligate ad individuare il contraente osservando i precisi canoni fissati dalla legge, a tutela del principio del buon andamento di natura costituzionale (*ex art. 97 della Costituzione*), e della concorrenza, di matrice comunitaria¹³, entrambi invariants nei principi di efficienza ed efficacia dell'attività funzionale amministrativa. Entrano in gioco dunque le regole dei cd. *public procurement*, preordinate ad esternare il procedimento di scelta del contraente, con il fine di garantirne il sindacato¹⁴.

L'autonomia contrattuale, di fonte privatistica, consistente nella facoltà di autoregolamentare i propri interessi, subisce una significativa limitazione derivante dalla condizione soggettiva del contraente che accede all'istituto privatistico del contratto per perseguire un fine specifico.

Il concetto di autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c. si muove in una duplice direzione: sia libertà di determinare i propri interessi e le precipue modalità della loro soddisfazione, sia come libertà di scegliere il soggetto ritenuto maggiormente idoneo ad assumere le vesti, nell'ambito del rapporto obbligatorio discendente dal contratto, di controparte negoziale.

Queste libertà compendiate nel concetto di autonomia contrattuale, in presenza di una pubblica amministrazione soffrono delle limitazioni dovute proprio alla natura pubblicistica di una delle due parti contraenti. La principale limitazione è determinata dalle regole dell'evidenza pubblica da osservare per la scelta del contraente, il cui rispetto è condizione necessaria perché l'Amministrazione pubblica possa efficacemente obbligarsi e perseguire l'interesse che è chiamata a dare soddisfazione.

esse concorsuali o, come accade in alcune ipotesi eccezionali individuate specificatamente dall'ordinamento, non concorsuali. L'attuazione di tali procedure sostituisce il procedimento logico di formazione della volontà e di conseguente scelta del contraente riservato nei rapporti interprivativi alla libera autonomia negoziale e che si concreta nelle singole manifestazioni di volontà dei soggetti privati. In altri termini nel nostro ordinamento giuridico la capacità giuridica e di agire degli enti pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti enti le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati».

¹¹ Così V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 243.

¹² Su questo specifico punto si ritiene opportuno riportare la riflessione che ebbe a fare A. BONOMI, voce *Contratto Amministrativo*, in *Dig. It.*, vol. VIII, Torino, 1898 – 1900. Secondo l'A. richiamato «*Il diritto comune regola questi rapporti e da esso si devia in parte, solo in quanto è necessario per adattarlo ad una persona che agisce per mezzo di rappresentanti, che è regolata da leggi speciali e nella quale si confondono interessi di ordine diverso, e più o meno generale, come sarebbero lo Stato, il Comune l'Opera pia*».

¹³ Su questo specifico punto in dottrina di sicuro interesse risulta essere il contributo offerto da S. S. COCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano 2008. L'Autore con l'opera ora richiamata considera i rapporti tra evidenza pubblica e contratto successivamente stipulato dalle PP.AA. Dallo studio del testo si traggono significativi spunti per l'esame dell'argomento oggetto della presente dissertazione.

¹⁴ Anche su questo punto giova richiamare lo scritto di A. BONOMI (*op. cit.*) – come opportunamente già fatto in precedenza da altri autori come R. CARANTA, *I Contratti pubblici*, Torino, 2004 – nella parte in cui afferma «*Così, allo stesso modo che un minore non può efficacemente obbligarsi se non con l'assistenza di chi integra la sua giuridica capacità, lo Stato, le Province, i Comuni, non possono obbligarsi se non con il consenso di altri corpi, di consessi speciali, che esercitano sopra di essi un ufficio di controllo e di tutela. In questo modo sono stabilite le norme perché possa manifestarsi in modo sicuro il consenso dei contraenti, e si esigono, a pena di nullità, le formalità che devono servire a rendere manifesto tale consenso*».

Con riferimento specifico agli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale, il discorso generale incontra delle ulteriori limitazioni. La contrazione dell'autonomia contrattuale è, infatti, ancora più marcata ed orientata nel senso di privilegiare - ed, anzi, di imporre l'approvvigionamento di beni e servizi, anche per preminenti e cogenti esigenze di razionalizzazione della spesa sanitaria e di maggior efficienza del sistema – un duplice *modus operandi*.

Da un lato, viene valorizzata la centralizzazione dell'acquisto; dall'altro, il trend è orientato nel senso di estendere i contratti già stipulati da centrali di acquisto¹⁵.

Si propone dunque una modalità di approvvigionamento che *ab origine* o *in itinere* si svolga attraverso centrali di committenza.

A ben vedere, la *ratio* degli affidamenti degli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale tramite centrale di committenza, consistente nel contenimento e nella razionalizzazione della spesa per i servizi sanitari, è la stessa che si rinviene nella successiva adesione di altre Amministrazioni sanitarie all'affidamento effettuato dall'Amministrazione aggregatrice che ha indetto la gara richiamando nella *lex specialis* la clausola di adesione e menzionando espressamente i soggetti che avrebbero potuto avvalersene.

A tal riguardo non appare inutile precisare che anche la direttiva n. 2014/24/UE, ai considerando nn. 59 e 60, evidenzia che «*nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti*» e che l'individuazione della committenza pubblica può avvenire, ad esempio, con «*un riferimento a una determinata categoria di amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito di un'area geografica chiaramente delimitata, in modo che le amministrazioni aggiudicatrici possano essere facilmente e chiaramente individuate*».

In quest'ottica il legislatore nazionale con il d. lgs. n. 50 del 2016¹⁶ ha dedicato l'art. 37 al tema dell'aggregazione della domanda e delle centrali di committenza rafforzando, di fatto, un fenomeno che aveva trovato sino ad oggi una regolamentazione a livello di normativa finanziaria e di spending review.

Alla luce delle considerazioni che precedono, al fine di giungere ad una definizione della problematica oggetto del presente lavoro che sia comunque in linea con le esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica da un lato e di apertura del mercato dei contratti pubblici dall'altro, occorre contemperare i valori che entrano in gioco considerare il percorso che ha compiuto il legislatore nel corso degli ultimi anni.

Si pone, allora, la necessità di soffermarsi sulla disamina della autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni sanitarie alla luce degli obblighi insiti nelle principali innovazioni normative al fine di vagliare l'incidenza pratica delle istanze di risparmio della spesa sanitaria.

4. Il gioco dei valori: autonomia negoziale e riduzione della spesa sanitaria

Dinanzi alla tematica oggetto di disamina nel presente contributo, dopo aver preliminarmente delimitato il campo di indagine, ed aver considerato il panorama normativo così come risultante dai recenti interventi di modifica che compendiano il sistema di regole che gli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale sono tenuti a rispettare, è necessario procedere con un approccio analitico.

¹⁵ C. St., sez. III, 4 febbraio 2016, n. 445, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ Attuativo delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Come si è visto il legislatore ha inteso presidiare in tre modi l'obbligo di approvvigionamento mediante centrali di committenza in capo alle amministrazioni sanitarie: nullità del contratto stipulato in violazione dei suddetti obblighi; responsabilità amministrativa in capo a chi abbia violato gli obblighi normativamente sanciti; possibilità di non ricorrere all'acquisto tramite centrale di committenza nelle sole ipotesi in cui ricorrano i presupposti fissati dalla legge in maniera rigida per evitare facili elusioni dell'obbligo.

Per comprendere tali regole e per definirne la loro portata teorica è necessario soffermarsi ad approfondire gli interessi in gioco per compiere un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, per considerare il contemperamento che nella valutazione ponderativa abbia inteso operare il legislatore; secondariamente, per esaminarne i risvolti pratici ed operativi.

A tal fine, ciò sui cui conta maggiormente soffermarsi concerne il modo di atteggiarsi dell'obbligo di approvvigionamento tramite Consip S.p.A. nei riguardi della già limitata autonomia contrattuale della P.A..

In altre parole occorre verificare se esso rappresenti o meno una ulteriore compressione della libertà di autonomia negoziale stabilita in via generale dall'art. 1322 c.c. poiché in linea generale benché anche nei rapporti tra privati si parli di autonomia essa non pare potersi considerare come un valore assoluto. L'autonomia privata, infatti, anche quando viene attuata tra soli soggetti privati incontra dei condizionamenti.

Condizionamenti che non sono tanto ravvisabili nell'interesse del legislatore a stabilire il modo in cui debba essere superato il "conflitto di interessi" alla base del contratto (in quanto, ad esempio, in un contratto di compravendita, se Tizio venditore di un immobile potesse avere il denaro senza privarsi dell'immobile, e Caio, acquirente, potesse avere l'immobile senza procedere all'esborso, i loro interessi troverebbero massima soddisfazione) quanto piuttosto a che la disciplina si atteggi in un certo modo, come spiega il ricollegarsi, sovente, di effetti giuridici al negozio che prescindono dall'effettivo intento delle parti.

Si pensi, a tal riguardo, a tutti gli ambiti imperativamente normati e soprattutto a quello oggetto della presente trattazione che vede la presenza di finalità di pubblico interesse insita nelle esigenze che la procedura ad evidenza pubblica mira a soddisfare e nell'efficienza della finanza pubblica.

In linea tendenziale, come d'altro canto rilevato da autorevole dottrina¹⁷, l'autonomia contrattuale ha perso di incisività, per l'aumento dei condizionamenti pubblici, ed ha guadagnato in estensione.

Non appare, conseguentemente dato di particolare rilevanza il fatto che il legislatore, con riferimento agli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario abbia inteso enucleare un ulteriore condizionamento consistente nell'obbligo di approvvigionamento tramite centrale di committenza.

Procedendo ordinatamente, ogni volta che un Ente Pubblico appartenente al Servizio sanitario nazionale svolge una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di un appalto che abbia ad oggetto beni e servizi direttamente o indirettamente riferibili all'attività che essa svolge in via primaria è rinvenibile un collegamento funzionale che attribuisce un rilievo primario all'interesse alla salute.

Senonché accanto all'interesse alla concorrenza, che anima il sistema del *public procurement* viene a porsi un ulteriore interesse pubblico che, decodificato in termini di specificità, è rappresentato dall'interesse alla salute, la cui tutela passa, in modo particolare, per lo svolgimento di gare ad evidenza pubblica che mediante l'acquisizione di beni e servizi in ambito sanitario garantiscano all'utenza la profferta di un servizio efficiente.

Dalla lettura della Costituzione si evince che l'interesse-diritto alla salute è fatto oggetto di espressa previsione.

All'art. 32 Cost., infatti, si afferma che *"La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti"*¹⁸.

¹⁷ Cfr. in particolare M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in Scritti minori, Napoli 1988, 441 ss.

La formulazione dell'articolo 32 Cost., riassumendo i tratti di una secolare evoluzione in cui si sono condensati i principi diventi patrimonio universale e permanente dell'uomo, compendia in sé un linguaggio della storia ed al contempo un linguaggio del diritto, trattandosi di una prescrizione che vale a conformare l'amministrazione pubblica a livello di attività e di organizzazione¹⁹ incidendo in maniera pervasiva.

Rimandando alle opportune ed approfondite trattazioni sul dettato costituzionale²⁰, ciò che in definitiva conta evidenziare è che nella distinzione che tradizionalmente si è soliti fare sulla natura delle disposizioni costituzionali, e dunque all'interrogativo relativo al se l'art. 32 Cost. debba considerarsi come una disposizione avente carattere precettivo o programmatico, la soluzione interpretativa che appare più coerente con le finalità perseguite dallo Stato, è proprio la prima.

Una natura precettiva che, d'altro canto, trova conferma nella stessa natura inviolabile del diritto che, in quanto tale, utilizzando una terminologia civilistica, impone in capo alla P.A., obblighi positivi di "facere".

Il diritto alla salute presenta delle interferenze e si occupa dei cosiddetti fini sociali dello Stato: nell'articolo 32 Cost., infatti, il costituente ha inteso fissare le linee del programma cui il legislatore deve attenersi. Si tratta di un programma che deve ritenersi obbligatorio in ogni sua parte, tanto in ordine ai limiti fissati quanto alle sue linee e direttive generali²¹.

L'esperimento di gare ad evidenza pubblica per implementare o comunque consentire alla P.A. di assolvere alle proprie funzioni rappresenta, dunque, un precipuo ed imprescindibile obbligo di *facere* assolto dall'amministrazione sanitaria in ossequio al dettato costituzionale in esame.

Qualunque ne sia l'oggetto, direttamente o indirettamente, è rinvenibile un collegamento funzionale alla soddisfazione di un interesse pubblico alla salute che riguarda, ad un tempo, sia il singolo cittadino sia la collettività.

Si pensi alla costruzione di una nuova struttura ospedaliera, alla fornitura dell'ossigeno terapia ovvero alla prestazione del servizio di lavanderia ospedaliera. In tutte queste ipotesi vi è alla base un pubblico interesse riconducibile all'ambito sanitario e, dunque, alla tutela dell'interesse di cui all'art. 32 Cost.

Lo svolgimento di gare ad evidenza pubblica in questo specifico settore configura una *funzionalizzazione* rispetto all'interesse alla salute proprio perché rivolta a rendere effettivo tale diritto.

La realizzazione dell'interesse pubblico deve, tuttavia, pur sempre essere attuata tenendo in debita considerazione i vincoli di natura legislativa e soprattutto economica.

¹⁸Cfr. C. cost. 21 giugno 1966, n. 75 secondo cui "Le misure disposte dall'articolo 32 della Costituzione a tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività riguardano tutti i cittadini e quindi anche i soggetti obbligati a soggiornare in un determinato comune". Oggi ha assunto particolare importanza l'opportunità di garantire anche ai soggetti che hanno fatto ingresso clandestinamente in Italia le cure sanitarie. Sul punto cfr. M. BOMBI, *Curarsi in Italia: possibilità negata per chi è entrato nel Paese clandestinamente*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 2016, 23 che nell'analisi di un caso sottoposto alla giurisprudenza ha rilevato come "Ai sensi dell'art. 36, comma 1, t.u. n. 286/1998, lo straniero che intende ricevere cure mediche in Italia può ottenere uno specifico visto di ingresso ed il relativo permesso di soggiorno, presentando una dichiarazione della struttura sanitaria italiana prescelta che indichi il tipo di cura, la data di inizio della stessa e la durata presunta del trattamento terapeutico. Inoltre, deve essere presentata una attestazione dell'avvenuto deposito di una somma a titolo cauzionale, tenendo conto del costo presumibile delle prestazioni sanitarie richieste, secondo modalità stabilite dal regolamento di attuazione della legge; nonché la documentazione che dimostri la disponibilità in Italia di vitto e alloggio per l'eventuale accompagnatore e per il periodo di convalescenza dell'interessato".

¹⁹ V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna 2004, 42 e ss.

²⁰ Cfr. *ex multis*, G. CANNELLA, *La tutela della salute nelle direttive costituzionali*, in *Probl. sic. soci.* 1962, 381; LESSONA S., *La tutela della salute pubblica*, in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, (a cura di) CALAMANDREI-LEVI, vol. 1 p. 333; MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione Italiana*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.* 1961 I; per comprendere le origini dello sviluppo della politica sanitaria italiana si consiglia PAPPALARDO U., *Una politica sanitaria per l'Italia*, in *Riv. Amm. Sanità* 1963; CARANTA R., *Alti e bassi del diritto alla salute nella giurisprudenza del giudice ordinario*, Torino 1993; NEGRI S., *La tutela della salute pubblica internazionale tra governance globale, "sovranià sanitaria" e diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, p. 335- 366.

²¹ Cfr. E. NASO, *La Costituzione Italiana: Commentario sistematico art. 24-54*, 780.

Fermi gli obblighi legislativamente previsti, al cui mancato rispetto sono ricollegate le sanzioni di cui si è detto, diviene allora fondamentale fare in modo che la spesa sanitaria possa attestarsi su elevati livelli di efficienza e di efficacia.

I concetti di efficacia e di efficienza, considerati la decodificazione in chiave concreta dei principi di buon andamento ed imparzialità indicati all'art. 97 Cost., rappresentano i criteri guida dell'intera attività amministrativa e, con specifico riguardo all'ambito sanitario, può affermarsi che una spesa sanitaria che non tenga in debita considerazione tali parametri prospetterà delle difficoltà operative di non poco conto sia rispetto alla necessità di far fronte alle contingenze del momento, sia in termini di sostenibilità futura.

Ciò che in definitiva si vuole affermare è che nel dettare le disposizioni oggetto della presente trattazione il legislatore ha avuto ben chiaro il concetto secondo cui la spesa sanitaria deve categoricamente essere ancorata a parametri di efficienza ed efficacia.

Il primo concetto indica la necessità di misurare il rapporto tra il risultato conseguito e le risorse concretamente impiegate mentre l'efficacia ha riguardo al rapporto tra quanto si è effettivamente realizzato e quanto si sarebbe dovuto realizzare sulla base di un piano o di un programma.

In questo trinomio, obiettivi prefissati- mezzi impiegati- obiettivi raggiunti trovano una compiuta sintesi l'interesse di cui all'art. 32 Cost., nella sua ottica individuale e collettiva, e le istanze di razionalizzazione della spesa.

L'efficientamento della spesa sanitaria, infatti, implica almeno tre ordini di interessi in gioco, con risvolti particolarmente significativi.

In primo luogo viene in rilievo l'effettività della tutela del diritto fondamentale di cui all'art. 32 Cost. che deve essere tale da garantire adeguate cure agli indigenti²².

Secondariamente, assume preminenza il concetto di sostenibilità della spesa sanitaria eliminando gli sprechi ed attuando modelli efficienti di risparmio in modo da poter garantire una programmazione efficace in chiave futura.

In terzo luogo, la necessità di fare in modo che le spese sostenute consentano effettivamente di raggiungere gli obiettivi prefissati rendendo proficui gli investimenti di risorse pubbliche ed evitando una duplicazione delle spese²³.

Attesa la necessità di operare un efficientamento della spesa sanitaria, è possibile allora, prima di considerare segnatamente gli obblighi di approvvigionamento tramite Consip S.p.A., porre un primo punto fermo nella disamina del rapporto tra autonomia negoziale dell'amministrazione sanitaria e risparmio della spesa. Benché, in generale, l'evidenza pubblica di fatto vada a limitare l'autonomia contrattuale della P.A., essa è funzionale a garantire una spesa efficiente.

Il principio della concorrenza ha assunto a livello ordinamentale un'importanza di primario rilievo e la sua applicazione nell'ambito degli appalti pubblici comporta il corollario del cd. *favor participationis*, volto a garantire che la P.A. possa selezionare come contraente - tra un ampio ventaglio di operatori economici - il soggetto che abbia presentato l'offerta che in termini economici si presenti come la più efficiente.

Insite a tale sistema sono dunque le ragioni di risparmio della spesa che richiamano la mai superata concezione contabilistica degli appalti pubblici. Il contraltare della limitazione all'autonomia

²² I recenti orientamenti interpretativi affermano la necessità di svolgere una lettura in chiave relativa dell'indigenza "per cui essa deve essere valutata di volta in volta in rapporto al costo ed all'importanza delle cure oltre che in base alla capacità finanziaria dell'utente. Occorre, infatti, contemperare i diversi interessi costituzionalmente protetti: se il soggetto che ha bisogno della prestazione non è assolutamente in grado di sopportarne gli oneri allora occorre che il cittadino partecipi, in base alle proprie capacità fiscali, al pagamento dell'importo" in E. RUFFINO - E. G.M. SALZA, Dizionario della Sanità, Milano 2010.

²³ Si verifica una duplicazione delle spese pubbliche ogni qual volta l'iniziale investimento si sia rivelato inefficiente. Alla spesa inutilmente sostenuta vanno, infatti, ad aggiungersi i costi dovuti ad eventuali contenziosi che si siano sviluppati sull'appalto e la necessità di stanziare *ex novo* delle somme di denaro per perseguire un interesse pubblico rimasto *medio tempore* insoddisfatto.

negoziale è rappresentato dalla possibilità di stipulare un contratto al miglior prezzo ed alle migliori condizioni a livello di competitività.

La valorizzazione delle istanze di risparmio e razionalizzazione della spesa sanitaria è quindi risultata in linea con la tendenza già in atto nell'ambito della attività di spesa della P.A.

Individuati sulla tavola valoriale tutti gli interessi che rilevano nell'ambito dello svolgimento di una gara ad evidenza pubblica diventa più agevole comprendere l'ottica del legislatore impositiva di ulteriori specifici obblighi in tema di spesa sanitaria.

Oggi le conclamate esigenze di *revisione della spesa* permeano pressoché ogni ambito della spesa pubblica nessuno eccettuato²⁴. Si è molto discusso sulle origini di questo problema che ha imposto anche l'istituzione di organismi istituzionali *ad hoc*; secondo un indirizzo prevalente le relative problematiche sarebbero da ricondurre alla inadeguatezza del controllo parlamentare sulla spesa pubblica ed alla debolezza della funzione di controllo svolta dalle altre istituzioni.

Inoltre, si è rilevato come, a livello regionale, l'adozione di atti comportanti un impegno di spesa, avviene sovente in assenza di una particolare attenzione sulla presenza delle coperture e della sostenibilità finanziaria determinando acclamate situazioni di squilibrio economico contabile.

Il Servizio sanitario nazionale è, infatti, di competenza delle Regioni che sono al contempo responsabili della spesa pur essendo il Servizio in gran parte finanziato dallo Stato. Non in tutti i casi questa autonomia di spesa è stata valorizzata. Non è un caso, infatti, che in otto regioni italiane sia stato imposto il piano di rientro per la Sanità²⁵.

In questo senso il Ministero della Salute è impegnato, sia tramite l'azione delle strutture commissariali attivate nelle Regioni in *deficit*, sia nella formulazione del Patto per la salute per gli anni 2014-2016, ovvero di un accordo tra Governo e Regioni basato su una programmazione triennale finalizzato a migliorare la qualità dei servizi, a promuovere l'appropriatezza delle prestazioni e a garantire l'unitarietà del sistema, definendo i tetti di spesa.

Proprio in queste istanze è ravvisabile la *ratio* della imposizione degli obblighi di approvvigionamento tramite Consip S.p.A.

A ben vedere, il rapporto che si instaura tra autonomia negoziale, limitata per effetto dell'imposizione dell'obbligo di approvvigionamento tramite centrale di committenza e riduzione della spesa non si pone in termini di contraddizione né dà luogo ad un'incompatibilità tra i due principi.

La tematica del meccanismo operativo dell'obbligo di approvvigionamento tramite Consip S.p.A., tuttavia, costituisce uno degli aspetti di maggiore complessità; complessità che all'atto pratico, come accennato in apertura, ha comportato una fuga dalla centralizzazione da parte delle amministrazioni. Causa di ciò è senza dubbio l'eccesso di sinteticità e la conseguente non esaustività della disciplina di diritto positivo.

Tali problematiche hanno impedito di raggiungere nell'immediato quegli standards di efficienza programmati tanto che lo stesso Ministro della Salute, nei propri atti di indirizzo, evidenzia sempre con maggiore vigore la necessità di compiere delle scelte strategiche che attuino delle politiche per l'efficienza gestionale anche per il tramite della promozione di costi e fabbisogni standard nel settore sanitario²⁶.

²⁴ Per approfondimenti giuridici sul risparmio della spesa, cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1940, secondo cui la legislazione finanziaria rappresenta una parte del diritto amministrativo e riguarda i mezzi cd. "dinamici" dell'azione pubblica che dimostrano "la naturale posizione dell'attività finanziaria entro il più vasto campo dell'attività amministrativa". Sempre sul punto, di particolare interesse quanto scritto da E. D'ALTERIO, *Finanza Pubblica e Amministrazione: "verifiche" e "bollino" della Ragioneria Generale dello Stato*, in *Rivista Trim. Dir. Pubbl.*, fasc. 4, 2016 p. 1009.

²⁵ Lazio, Abruzzo, Campania, Molise, Sicilia, Calabria, Piemonte e Puglia.

²⁶ "Per il conseguimento degli obiettivi programmati di finanza pubblica sono state introdotte, nel corso degli anni, diverse disposizioni normative finalizzate in primo luogo al controllo della spesa sanitaria e successivamente alla razionalizzazione e contenimento della stessa (es. blocco dei contratti collettivi nazionali di lavoro, interventi in materia di contenimento della spesa farmaceutica). Negli ultimi anni, l'attenzione è stata focalizzata, in particolare,

La scelta operata per rendere efficiente l'investimento in ambito sanitario ha fondamentalmente riguardato, come si è approfondito nei paragrafi di apertura del presente saggio, l'obbligo di acquistare tramite Consip S.p.A.: la P.A. sarà obbligata a procedere al proprio acquisto tramite la piattaforma Consip S.p.A. (SDA o MEPA).

In linea teorica l'impianto congegnato dal legislatore non presenta alcuna imperfezione. Senonchè non appare di secondaria rilevanza sottolineare come il legislatore abbia dettato una disciplina limitata all'an dell'obbligo di approvvigionamento difettando, in tal modo, di compendiare una serie di elementi che sarebbero risultati fondamentali per armonizzare una disciplina che, al momento, di certo non può dirsi organica ed esaustiva.

In modo particolare, dalle prassi attuate a fronte dell'obbligo di acquistare mediante le centrali di committenza ciò che appare doveroso evidenziare è la carenza di una sinergia tra Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale e centrali di committenza in ordine all'aspetto della programmazione della spesa sanitaria.

Tale carenza finisce per limitare in maniera significativa la piena potenzialità operativa dell'obbligo di approvvigionamento tramite Consip S.p.A. ostacolando un pieno perseguimento delle esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica in materia sanitaria.

In linea teorica, infatti, acquistando tramite Consip, gli Enti pubblici appartenenti al Servizio sanitario nazionale sono in grado di beneficiare di un significativo risparmio di spesa in ragione del meccanismo operativo delle Centrali di Committenza che aggregando la domanda consente di ottenere dei significativi risparmi. Detta in termini gergali è come se un identico prodotto si acquistasse in piccola quantità in una boutique oppure in ingenti quantitativi dal fornitore grossista. È evidente che le differenze di prezzo saranno consistenti e consentiranno di ottenere un risparmio ed una razionalizzazione della spesa pubblica.

sulla necessità di potenziare gli strumenti di governo della spesa per l'acquisto dei beni e servizi (norme della "spending review" in materia di acquisti dei beni e servizi)⁷. Con l'intesa del 2 luglio 2015, Governo e Regioni hanno condiviso la necessità di introdurre misure di governance, che concorreranno all'efficientamento del sistema e dovranno essere sviluppate nell'ambito dei lavori della Spending review. Nel 2016 proseguirà l'attività per l'individuazione degli strumenti di governance indicati nell'Intesa citata, di seguito specificati: a) Riorganizzazione e ripensamento del sistema aziendale pubblico in una logica di valutazione e miglioramento della produttività, intesa quale rapporto tra il valore prodotto (in termini quantitativi ed economici) ed i fattori produttivi utilizzati (in termini quantitativi ed economici); ^{[L]EPb} b) Individuazione ed utilizzo di indicatori standard relativi alla gestione degli immobili, strumentali e non, delle aziende sanitarie pubbliche; ^{[L]EPc} c) Valutazione e valorizzazione delle esperienze ed iniziative in ambito di servizi sovra- aziendali, allo scopo di diffondere rapidamente ed efficacemente le migliori pratiche; ^{[L]EPd} d) Valutazione della possibilità di realizzazione di un centro di competenza nazionale in materia di stesura dei capitolati per l'acquisizione di beni e servizi. ^{[L]EPe} e) I lavori proseguiranno nell'ambito di appositi gruppi di lavoro che vedranno coinvolti, oltre agli attori istituzionali, anche esperti di settore con il compito di cercare gli strumenti più idonei per il perseguimento della efficienza produttiva e per il potenziamento degli strumenti di monitoraggio e di valutazione della performance degli enti. Le attività dei Gruppi di lavoro sono state articolate nelle seguenti tematiche per ciascuna delle quali sono stati già attivati nel 2015 dei sottogruppi tecnici operativi tra loro correlati: 1) Produttività degli Enti del SSN – In particolare l'attività sarà focalizzata sull'analisi del fabbisogno di personale core, rispetto all'attività erogata dagli enti del servizio sanitario nazionale e la definizione dei parametri necessari per determinare l'adeguatezza del personale. 2) Gestione del Patrimonio Immobiliare – l'obiettivo sarà, in una fase di breve periodo, quello censire il patrimonio immobiliare del SSN al fine di mettere a disposizione delle aziende le informazioni necessarie per l'individuazione degli strumenti di governo dello patrimonio e di definire misure di efficientamento dei servizi energetici; Ricavi – Analisi del valore della produzione, con particolare riferimento alle fonti di remunerazione delle prestazioni e ai ricavi da produzione; analisi della remunerazione delle funzioni assistenziali; in particolare con riferimento alle fonti di remunerazione, il dettato normativo (art. 8-sexies, d. lgs. n. 502/1992 e s.m.i.) prevede che le fonti di remunerazione delle aziende ospedaliere siano costituite esclusivamente dalla valorizzazione delle prestazioni erogate e dalle funzioni assistenziali (entro il limite massimo del 30%). Saranno pertanto individuati adeguati strumenti per l'individuazione del "finanziamento eccedente". Questa determinazione del "finanziamento eccedente" sulla base dei ricavi desunti dal modello CE avviene nelle more dell'emanazione del decreto interministeriale, d'Intesa con la Conferenza Stato-regioni, del nuovo modello di rilevazione economica "conto economico del presidio ospedaliero (CP)" che renderà trasparenti i ricavi di tutte le strutture ospedaliere, ivi incluse le aziende ospedaliere ed IRCCS; 4) Beni e servizi – L'attività seguirà due percorsi principali nei quali saranno poste in essere le attività necessarie alla classificazione dei beni e servizi e alla razionalizzazione dei processi di acquisizione degli stessi". Fonte: www.salute.gov.it

A livello quantitativo e qualitativo, poi, trattandosi di beni succedanei non si verifica alcuna riduzione. Ciò che si riduce è il prezzo che la P.A. deve corrispondere per acquisire il bene o servizio. Questo aspetto, relativo al risparmio rappresenta al contempo un indubbio vantaggio che si allinea alle politiche di gestione efficiente della spesa sanitaria.

Quanto agli altri profili che devono essere considerati al fine di avere una panoramica chiara ed esprimere un giudizio critico sull'intervento legislativo in esame, nonché sulla sua incidenza sull'autonomia contrattuale, va dato atto che mediante il ricorso a Consip S.p.A. non si verificano delle lesioni del fondamentale principio della concorrenza.

L'espletamento degli obblighi ad evidenza pubblica non viene superato ma ascende ad un livello superiore rispetto alla singola P.A. in quanto viene ascritto in capo a Consip S.p.A.

È proprio quest'ultima, infatti, che è tenuta ad espletare una gara ad evidenza pubblica per individuare i soggetti che successivamente diventeranno fornitori di prodotti o prestatori di servizi.

Permangono, conseguentemente, i vantaggi derivanti dalla scelta dell'operatore economico conseguente ad una selezione tra un ampio numero di partecipanti che abbiano presentato delle offerte in ragione della loro capacità organizzativa, gestionale, economico e finanziaria.

Potrebbe eccepirsi che in tal modo verrebbe ad essere violato un sostanziale principio di sussidiarietà, disciplinato all'art. 118 Cost. secondo cui, sostanzialmente, chiamato a tutelare gli interessi dei cittadini è l'ente istituzionale ad essi più vicino.

Anche sotto questo profilo, però, non possono rilevarsi vere eccezioni al suddetto principio. Tale contestazione avrebbe avuto rilievo ove le amministrazioni sanitarie locali ove fossero state private del loro potere decisionale in ordine ai bisogni da soddisfare²⁷. Ciò invero non è accaduto. L'avocazione alla sfera di operatività di Consip S.p.A. ed il relativo di obbligo per l'approvvigionamento lasciano impregiudicati, in primo luogo, il potere dell'amministrazione locale ad individuare i bisogni da soddisfare nell'ambito della programmazione sanitaria e finanziaria; in secondo luogo la possibilità di approvvigionamento a prezzi vantaggiosi.

Viene dunque a realizzarsi in questo modo, un modello teorico che attua una semplificazione ed una razionalizzazione. La semplificazione è rinvenibile nella circostanza che autonomamente l'azienda sanitaria locale può acquistare secondo le sue esigenze senza dover passare per l'esperimento di una gara ad evidenza pubblica con in risvolti che ne conseguono sia in termini di tempo che in termini di efficacia.

La razionalizzazione, invece, nella misura in cui diventa possibile accedere a quanto necessario a prezzi il cui vantaggio è insito nel prezzo derivante dall'adesione al sistema della Centrale di committenza.

5. Conclusioni

In esito a quanto si è avuto modo di esaminare nel presente contributo, una certezza vale a confortare l'interprete. Quello dell'efficientamento della spesa sanitaria è un tema caro al legislatore che non è intervenuto sugli ordinari meccanismi intaccandone il funzionamento ma, avvedutosi dell'esigenza di dover attuare delle forme di risparmio ha indirizzato la spesa sanitaria verso efficienti soluzioni di politica gestionale. Alla luce della disamina degli aspetti di principale interesse, si può affermare – anche qui supportati da un buon grado di certezza – che il meccanismo di acquisto congegnato per il tramite di Consip S.p.A. sia conforme alle fortemente avvertite esigenze di razionalizzazione e semplificazione del sistema.

È fenomeno generalizzato a livello ordinamentale quello relativo ai condizionamenti dell'autonomia privata quindi non c'è da stupirsi se il legislatore, per un interesse meritevole di tutela come la cd.

²⁷ Per un approfondimento sul principio di sussidiarietà in materia sanitaria cfr. A. CATTELANI, *La Sanità Pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di) G. SANTANIELLO, Padova 2010, p. 63.

spending review abbia inteso imporre agli Enti pubblici appartenenti al Sistema sanitario nazionale degli obblighi specifici che apparentemente finiscono per apporre ulteriori condizionamenti alla loro autonomia.

Ciò che invece appare opportuno rilevare è come la disciplina risulti in definitiva connotata da un eccesso di sinteticità e da una fisiologica non esaustività.

Tali lacune della disciplina hanno consentito alle amministrazioni, spinte dall'esigenza di dare un'adeguata soddisfazione ai propri bisogni in termini di approvvigionamento, di eludere gli obblighi, cosa che non sarebbe stata effettivamente garantita ove si fosse creata a livello legislativo una sinergia tra gli Enti pubblici appartenenti al SSN e le centrali di committenza fin dalle fasi di programmazione della spesa pubblica in materia sanitaria.

In tale ottica, infatti, intervenendo già nella fase della programmazione si getterebbero le basi per una migliore operatività di un meccanismo che implica imprescindibilmente un'azione congiunta tra Ente pubblico appartenente al Servizio sanitario nazionale e centrale di committenza.

È questa la ragione per cui si prospetta l'opportunità ed al contempo la necessità che il legislatore intervenga dissipando i dubbi e le incertezze applicative che si prospettano per garantire, in concreto, un adeguato funzionamento ed un effettivo risparmio della spesa pubblica indicando degli aspetti operativi che trascendano la mera enucleazione dell'obbligo di approvvigionamento tramite Consip S.p.A. e diventino un efficace strumento di razionalizzazione della spesa pubblica.

L'apparato normativo approntato dal legislatore, seppur con i limiti prospettati, offre interessanti spunti per una riflessione conclusiva sulla portata dell'obbligo di approvvigionamento tramite Consip S.p.A. ed i suoi risvolti sulla autonomia negoziale.

Formalmente si tratta di un vincolo ulteriore. Su questo *nulla quaestio*. Sotto un profilo sostanziale, invece, a ben vedere l'imposizione di un ulteriore obbligo accanto al necessario espletamento di una gara ad evidenza pubblica, così come è congegnato il sistema, non si pone in termini limitativi ma vale a configurare e caratterizzare un innovativo concetto di autonomia.

L'innovatività è da ravvisarsi nella circostanza che l'amministrazione sanitaria, prima di giungere alla conclusione del contratto di appalto rimane libera di determinare i propri bisogni, programmarne la soddisfazione sulla base delle risorse economiche e finanziarie disponibili ed ottenere i beni e servizi necessitati da un soggetto sostanzialmente pubblico, Consip S.p.A. che garantisce un risparmio di spesa ed una semplificazione ed un'efficienza procedimentale.

In tal modo il legislatore ha di fatto risolto, il problema che riguarda l'efficienza allocativa della spesa sanitaria ferma restando la necessità che il legislatore, oltre a colmare le evidenziate lacune detti una regolamentazione relativa anche alla responsabilità di Consip S.p.A. che allinei la disciplina a quanto disposto all'art. 28 Cost. ed impedisca che attraverso un *demandare responsabilità* possa finire per esser vanificate sia le esigenze di razionalizzazione della spesa che di tutela dell'interesse alla salute di cui all'art. 32 Cost.

*** Il presente lavoro è il frutto della comune riflessione e degli studi condotti dai due Autori. Tuttavia i §§ 1, 2 e 3 sono da ricondurre ad Antonio Nicodemo; i §§ 4 e 5 sono da ricondurre a Damiano Ciarniello.**

Numero: 1 del 2017
Autore: **Dott.ssa Patrizia Pompei**
Presidente della III Sezione Civile del
Tribunale di Firenze

Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità civile nella medicina d'emergenza.

Sommario: 1.Premessa 2.Lo statuto della responsabilità medica in generale: dalle teorie della natura extracontrattuale o contrattuale della responsabilità medica, alla responsabilità da “contatto sociale”, al decreto Balduzzi 3.Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità civile nella medicina d'emergenza

1.Premessa

Appare opportuno premettere a questo lavoro alcune brevi considerazioni di ordine metodologico. L'analisi degli orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità civile nella medicina d'emergenza non può prescindere da una disamina della responsabilità medica in generale, in particolare dall'esame delle teorie che si sono succedute per qualificare la responsabilità del sanitario, a partire dall'originaria contrapposizione tra le teorie della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, fino all'approdo alla teoria della responsabilità da “contatto sociale”, ed all'esame delle problematiche ingenerate dall'emanazione del decreto Balduzzi.

Ciò perché l'assunzione della “posizione di garanzia” da parte del sanitario nei confronti del paziente, in relazione alla tutela della salute dello stesso, ne connota tutta l'attività, e costituisce il parametro fondamentale per l'accertamento della responsabilità.

Le pronunce esaminate nella seconda parte del lavoro, relative alle fattispecie della medicina d'emergenza, sono per ampia parte pronunce delle Sezioni penali della Suprema Corte, e relative, sempre in massima parte, a casi in cui la responsabilità penale era prescritta, residuando l'accertamento della responsabilità a fini civilistici.

E ciò evidenzia, al di là delle ricostruzioni teoriche, il fondamento comune della responsabilità del medico, tanto nel settore civile che in quello penale, che è da ravvisarsi, proprio, nell'uno e nell'altro caso, nel dovere del medico di curare il paziente, che è il concetto fondante tanto della posizione di garanzia, rilevante ai fini dell'affermazione della responsabilità penale, quanto della responsabilità da “contatto sociale”, caratterizzata, proprio, dalla considerazione della posizione differenziata di determinati soggetti rispetto ad un bene ritenuto fondamentale dall'ordinamento, la

salute umana, tutelata dall'art. 32 della Costituzione, e dal conseguente obbligo di protezione di detto bene da cui il sanitario è gravato, in virtù, proprio, del possesso di particolari conoscenze professionali, che lo rendono idoneo a garantirne la salvaguardia.

Detto fondamento comune della responsabilità non implica un identico approdo, nei singoli casi, della responsabilità in sede civile ed in sede penale; è anzi noto, ad esempio, come la giurisprudenza civile si sia distaccata dalla regola della causalità nell'affermazione della responsabilità penale, come delineata a partire dalla pronuncia delle Sezioni Unite Franzese¹, fino ad approdare all'affermazione della responsabilità del sanitario, in campo civile, per perdita di *chance* di sopravvivenza.

Ma è innegabile, come osservato, che l'obbligo di cura del paziente, in virtù dello svolgimento, da parte del sanitario, di una professione che gli consente di salvaguardare un bene di particolare interesse per l'ordinamento, viene a connotare la disciplina della responsabilità, e ne costituisce il fondamento, contribuendo, nei singoli casi specifici, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, alla risoluzione delle problematiche relative alle fattispecie della medicina d'emergenza.

Ulteriori tematiche di notevole interesse, sviluppatasi in seguito all'individuazione del nesso causale, in ambito penale, secondo il criterio dell'alta probabilità logica e dell'elevata credibilità razionale, sfociate nell'elaborazione della categoria del danno da perdita di *chance* di sopravvivenza, a seguito dell'errore medico², pur apparendo di notevole interesse, non possono essere in questa sede sviluppate, poiché non atteggiandosi in maniera differenziata rispetto alle tematiche generali della responsabilità medica.

2.Lo statuto della responsabilità medica in generale: dalle teorie della natura extracontrattuale o contrattuale della responsabilità medica, alla responsabilità da “contatto sociale”, al decreto Balduzzi.

L'esame degli orientamenti giurisprudenziali in materia di medicina d'emergenza non può prescindere da una disamina di quelli che sono gli aspetti qualificanti, in generale, della responsabilità medica.

¹ Cass. Sez. Un. 30.7.2002, n. 30328 – Franzese

² Fondata, invece, sul criterio del “più probabile che non”, v. Tribunale Trento, 22.9.2016

Com'è noto, la prestazione di attività medica può essere effettuata nell'ambito di situazioni diversificate, caratterizzate da un differente atteggiarsi del rapporto intercorrente, nei singoli casi, tra il soggetto che esegue la prestazione ed il soggetto che la riceve.

Il medico libero professionista, assume, infatti, l'obbligazione di prestare la propria attività in forza di un contratto stipulato con il paziente, nei confronti del quale, dunque, egli è obbligato a prestare la propria opera professionale.

Il medico dipendente da una struttura sanitaria, pubblica o privata, assume, invece, l'obbligazione di prestare l'attività professionale nei confronti della struttura, pur dovendo poi svolgere la propria opera nei confronti del paziente che alla struttura viene a rivolgersi; il rapporto intercorre, quindi, tra medico e struttura, ed il medico non è legato da alcun vincolo nei confronti del soggetto destinatario della prestazione.

Il medico può poi trovarsi a prestare la propria opera al di fuori dell'assunzione di un vincolo nei confronti di altri soggetti, ad esempio intervenendo a prestare soccorso, allorché si trovi casualmente a contatto con soggetto cui necessitino cure mediche.

A fronte, pertanto, del diverso atteggiarsi del rapporto medico – paziente nelle differenti ipotesi di cui si è detto, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato varie ricostruzioni di tale rapporto, al fine di pervenire ad una valutazione unitaria della responsabilità, nonostante, come visto, il rapporto si atteggi in maniera differenziata nelle varie ipotesi, talora modellandosi sui parametri della responsabilità contrattuale, talaltra su quelli della responsabilità extracontrattuale.

E ciò, in considerazione dell'identica natura dell'attività svolta, che suggerisce l'opportunità di una *reductio ad unum*, per evitare di regolamentare in maniera differente le ipotesi di responsabilità civile del sanitario, a seconda che la stessa venga fatta valere in sede civile ovvero in sede penale attraverso la costituzione di parte civile, ovvero per evitare di applicare, nell'ipotesi in cui siano convenuti in un giudizio civile medico e struttura, regole probatorie e di disciplina diverse in un medesimo processo, ed in relazione a presupposti fattuali del tutto identici.

Un riflesso dell'avvertita esigenza di *reductio ad unum* del rapporto medico-paziente è ravvisabile, ad esempio, negli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali volti a ritenere l'art. 2236 c.c. espressione di una regola generale di valutazione dell'attività medica, applicabile anche nel giudizio di responsabilità in sede penale, come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia³.

³ Cass. 23.3.'95, n.5278, *Guida al Diritto* 1995, n.28, 72.

Secondo gli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali meno recenti, tuttavia, la responsabilità nei confronti del paziente del sanitario dipendente da una struttura pubblica, doveva ritenersi di natura extracontrattuale.

Invero, è sempre stato pacifico, in dottrina e giurisprudenza ⁴, la riconduzione all'ambito della responsabilità contrattuale dell'inadempimento del medico libero professionista nei confronti del paziente con il quale abbia concluso un contratto⁵.

Da ciò consegue l'applicazione, come si dirà più ampiamente in prosieguo, della disciplina dell'art. 1218 c.c. in tema d'inadempimento, con i conseguenti riflessi in materia di oneri probatori⁶, in materia di prescrizione, dell'art. 1225 c.c. per quanto riguarda l'ambito dei danni risarcibili, nonché, infine, del richiamato art. 2236 c.c. .

Nei casi, invece, di prestazione dell'attività medica nei confronti del paziente da parte del medico dipendente di una struttura sanitaria pubblica o privata, secondo un primo orientamento giurisprudenziale, si riteneva che, con la richiesta del paziente di prestazioni presso la struttura ospedaliera e l'accettazione da parte della struttura, veniva a perfezionarsi un contratto d'opera professionale tra paziente e struttura, sulla quale ultima gravava l'obbligo di prestare l'attività terapeutica necessaria in relazione alla situazione patologica del paziente; l'accordo intercorreva, tuttavia, tra struttura e paziente, onde si qualificava di natura aquiliana la responsabilità del medico che effettuava la prestazione, non essendo lo stesso legato da alcun vincolo al soggetto cui era praticata l'attività terapeutica⁷.

In base a detta teoria, si riteneva, dunque, applicabile al rapporto medico-paziente la disciplina relativa alla responsabilità extracontrattuale.

L'orientamento in questione, peraltro, non si sottraeva ad una serie di rilievi, il principale dei quali era quello della diversificazione della disciplina della responsabilità del medico e della struttura, derivante dall'inadempimento relativo ad una stessa prestazione.

⁴ Cass.18.10.94, n.8470, *GCM* 1994,1235; Cass. 4.11.02, n.15404, *GCM* 2002,1902).

⁵ L'obbligazione che il professionista assume verso il cliente, per effetto dell'accettazione dell'incarico conferitogli (conclusione del contratto d'opera professionale), ha per contenuto (prestazione) lo svolgimento dell'attività professionale necessaria od utile in relazione al caso concreto ed in vista del risultato che, attraverso il mezzo tecnico-professionale, il cliente spera di conseguire (Bilancetti 2001, 877).

⁶ Nella responsabilità contrattuale, a partire dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte del, il creditore che lamenti l'inadempimento può limitarsi a provare l'obbligazione, e dedurre l'inadempimento, laddove spetta, poi, al debitore, provare che l'inadempimento non vi è stato, o che lo stesso è dovuto a causa a sé non imputabile.

⁷ (Cass. 21.12.1978, n. 6141, *GI* 1979, I, 1, 953, Cass. 13.3.98, n. 2750, *FI*, 1998, I, 3520, Cass. 20.11.98, n.11743, *RFI*, 1998, 1697, Trib. Orvieto, 15.5.1997, *RGU*, 1997, 732)

Si osservava, al riguardo, che proprio il medico, che si presenta al paziente come colui che, designato dalla struttura sanitaria, prestava le cure richieste dal paziente, ed aveva il rapporto più diretto con il medesimo, veniva considerato come l'autore di un qualsiasi fatto illecito (un *quisque*).⁸

Inoltre, riconducendosi la responsabilità del medico alla responsabilità extracontrattuale, si perveniva alla conseguenza di ritenere applicabile un termine di prescrizione più breve ed una disciplina dell'onere probatorio più favorevole, proprio per il soggetto che quella prestazione materialmente eseguiva, laddove la responsabilità della struttura, che adempiva all'obbligazione assunta proprio attraverso l'operato del sanitario, rimaneva assoggettata alle norme regolanti l'inadempimento contrattuale.

D'altro canto, la responsabilità civile del medico può concorrere con quella penale, nei casi in cui la condotta del sanitario venga ad integrare gli estremi di una fattispecie di reato; in tali casi, l'orientamento in questione garantiva l'uniformità di trattamento della responsabilità del sanitario, sia che la stessa venisse fatta valere attraverso la costituzione di parte civile nel processo penale, sia che, invece, fosse azionata nell'ambito di un autonomo processo civile.

Secondo un diverso orientamento, la responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria doveva ritenersi di natura contrattuale⁹.

Secondo tale orientamento, la responsabilità dell'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, e del medico suo dipendente, inserendosi nell'ambito del rapporto giuridico pubblico (o privato), tra l'ente gestore ed il privato che aveva richiesto ed usufruito del servizio, doveva ritenersi di natura contrattuale, di tipo professionale.

Da ciò si faceva conseguire che la responsabilità diretta dell'ente e quella del medico, inserito organicamente nell'organizzazione del servizio, erano disciplinate in via analogica dalle norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione medica in esecuzione di un contratto di opera professionale, senza che potesse trovare applicazione nei confronti del medico la normativa prevista dagli artt. 22 e 23 del D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 con riguardo alla responsabilità degli impiegati

⁸ Come osservava Cass. 22.1.99, n. 589, *CG* 1999, 441, su cui si tornerà più diffusamente in prosieguo, "... Detta impostazione riduce al momento terminale, cioè al danno, una vicenda che non incomincia con il danno, ma si struttura prima come "rapporto", in cui il paziente, quantomeno in punto di fatto, si affida alle cure del medico ed il medico accetta di prestargliele".

⁹ Tra le prime pronunce, si veda Cass. 11.4.95, n. 4152, *RFI*, 1995, 167, Cass. 27.5.93, n. 5939, *RFI*, 1993, 2495, Cass. 7.10.98, n. 9911, *FI*, 1998, I, 3520, Trib. Milano, 24.6.99, *Cor.G.* 2000, 374 .

civili dello Stato per gli atti compiuti in violazione dei diritti dei cittadini¹⁰ (Cass.27.10.98, n. 7336, AC, 1999, 461).

Tale orientamento muoveva dalla considerazione che il privato, allorché fruisca di un servizio pubblico esercitato dallo Stato o da altri enti pubblici nell'interesse dei privati che ne fanno richiesta, è titolare di un diritto soggettivo all'esecuzione della prestazione da parte dell'ente, cui si correla il corrispondente obbligo dell'ente di fornire la prestazione; conseguentemente, il rapporto che si instaurava tra privato ed ente, doveva considerarsi di natura privatistica, e regolato dalla normativa contrattuale¹¹.

Si riteneva, quindi, che il paziente che fruiwa di prestazioni ospedaliere instaurava con l'ente un rapporto di diritto privato, ricevendo la prestazione dal medico, dipendente della struttura, la cui attività era riferibile direttamente all'ente, per effetto del rapporto di immedesimazione organica; la struttura, dunque, rispondeva direttamente nei confronti del paziente, e tale responsabilità doveva essere qualificata come di natura contrattuale, con conseguente applicabilità della disciplina di cui agli artt. 2229 e segg. c.c..

Si precisava, poi, che la responsabilità per fatto illecito era imputabile anche al soggetto pubblico o privato, gestore della struttura sanitaria in cui il paziente era stato accolto, e ne costituiva criterio di imputazione, rispettivamente sulla base degli artt. 28 della Costituzione e 2049 c.c., la circostanza che l'attività sanitaria, in funzione dell'adempimento del contratto, fosse stata svolta dalle persone, inserite nella organizzazione del gestore pubblico o privato che di esse si era avvalso per renderla¹²

Il problema, invece, della qualificazione della responsabilità del medico che effettuava la prestazione in quanto dipendente della struttura pubblica, veniva risolto per il tramite dell'art. 28 Cost., che sancisce la responsabilità dei funzionari e dipendenti dello stato e degli enti pubblici, secondo le leggi penali, civili, ed amministrative, per gli atti compiuti in violazione dei diritti.

In attuazione del disposto di detto articolo, l'art. 22 d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 (t.u. delle disposizioni concernenti lo Statuto degli impiegati civili dello Stato), richiamato in materia di

¹⁰ Cass.27.10.98, n. 7336, AC, 1999, 461.

¹¹ Si osservava, da parte della dottrina meno recente, che, nell'esercizio del servizio pubblico sanitario, non venivano in rilievo pubblici poteri; per conseguenza il privato, entrato in contatto con l'ente, che manifestava disponibilità al servizio, acquisiva un vero e proprio diritto soggettivo, cui corrispondevano l'obbligo e la responsabilità dell'ente stesso, nonché, ai sensi dell'art. 28 Cost., dei suoi dipendenti (Di Ciommo 1999, 3334)

¹² Cass. 1.9.99, n. 9198, *Guida al Diritto*, 1999, 23, 83.

disciplina della responsabilità dall'art. 28 del d.p.r. 20 dicembre 1979 n. 761 (Stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali), prevede che l'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite da leggi o regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell'art. 23, è personalmente obbligato a risarcirlo, e che l'azione contro lo stesso possa essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'amministrazione, qualora, in base alle norme ed ai principi vigenti dell'ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato.

Poiché la responsabilità dell'ente per l'inadempimento nei confronti del privato è relativa alla prestazione di attività professionale, ne conseguiva, secondo tale orientamento, la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente, in quanto relativa all'inadempimento di un'obbligazione di prestazione di attività professionale.

Si osservava, tuttavia, che tali disposizioni normative costituivano il fondamento della responsabilità del medico dipendente della struttura, ma non ne individuavano necessariamente la natura, non incidendo sulla qualificazione come contrattuale od extracontrattuale della stessa.

La norma di cui all'art. 28 Cost. non statuisce, invero, sulla natura della responsabilità, che è rimessa alle leggi ordinarie, ma solo sulla natura diretta di essa, con la conseguenza che, poiché la legge civile tra l'altro contempla sia una responsabilità contrattuale che extracontrattuale, il solo richiamo al citato art. 28 Cost. non è esaustivo del problema relativo alla natura della responsabilità del singolo medico¹³

La critica che può maggiormente muoversi a tale ricostruzione, è quella di focalizzare l'attenzione sulla natura della prestazione, e sulla previsione normativa della responsabilità, senza, peraltro, risolvere il problema della fonte di tale responsabilità, e, cioè, se la stessa sia riconducibile alla violazione di un precetto generale, quello del *neminem laedere*, ovvero di un regolamento negoziale, stabilito dalle parti.

D'altro canto, se nel nostro ordinamento vige il principio secondo il quale è ammissibile il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore appaia di per sé lesivo non solo di diritti specifici derivanti al contraente da clausole contrattuali, ma anche dei diritti soggettivi, tutelati anche indipendentemente dalla fattispecie contrattuale, tanto più può ritenersi ammissibile il concorso, in

¹³ Cass. 22.1.1999, n. 589, *FI*, 1999, I, 3332.

relazione ad uno stesso fatto, tra la responsabilità contrattuale di un soggetto, e quella extracontrattuale di altro soggetto.

Pertanto, la fonte comune della responsabilità del medico e della struttura nel quale lo stesso opera, ravvisabile nell'esecuzione non diligente della prestazione da parte del medico che effettua l'attività terapeutica, non importa necessariamente che le responsabilità di entrambi i soggetti siano di natura contrattuale.

Secondo altro orientamento, si riteneva che la responsabilità del medico operante nell'ambito di struttura sanitaria fosse riconducibile allo schema del contratto con effetti protettivi in favore del terzo.

La ricostruzione è stata effettuata *in primis* dalla giurisprudenza in un caso di azione intentata per far valere il diritto al risarcimento del danno da parte di soggetto affetto da cerebropatia irreversibile, determinata dall'errato trattamento praticato all'atto della nascita presso una clinica universitaria.

Il giudice di primo grado aveva ritenuto che l'evento lesivo non poteva che essersi verificato nel momento in cui il feto era divenuto soggetto giuridico, con conseguente inapplicabilità della normativa di cui all'art. 1 c.c..

Si era, pertanto, ritenuto che doveva qualificarsi come extracontrattuale la responsabilità del medico, poiché il danneggiato, prima della nascita, non avrebbe potuto stipulare alcun contratto con la struttura ospedaliera, respingendosi la domanda per l'intervenuta prescrizione quinquennale del diritto.

Anche l'appello interposto veniva respinto, in base alla considerazione che il fatto lesivo si era prodotto non al momento della nascita, ma in precedenza, poiché il danno cerebrale era stato causato da un errato trattamento ostetrico che, prolungando la permanenza del feto nel corpo materno, laddove si rendeva necessario invece ricorrere al parto cesareo, ne aveva cagionato uno stato di grave sofferenza per insufficiente ossigenazione.

Il fatto lesivo si sarebbe quindi verificato allorché il paziente non era ancora venuto ad esistenza, ed era, pertanto, privo di capacità giuridica, con la conseguenza che nessuna azione per il risarcimento dei danni, né contrattuale né extracontrattuale, poteva competergli, considerando che per il diritto positivo la nascita costituisce non già condizione bensì presupposto ineliminabile, o requisito essenziale della capacità giuridica¹⁴

¹⁴ Corte d'Appello di Torino, sentenza del 3.3.89, n. 312

La Corte di Cassazione ha invece accolto il ricorso¹⁵, muovendo dal presupposto che l'ordinamento tutela l'individuo sin dal suo concepimento, e garantisce, se non un vero e proprio diritto alla nascita, che però sia fatto il possibile per favorire la nascita e la salute.

Di conseguenza, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno che sia derivato al soggetto che, con la nascita, abbia acquistato la personalità giuridica, sorge e dev'essere riconosciuto, in capo a quest'ultimo, il diritto al risarcimento del danno.

Si perviene, quindi, a ricostruire la responsabilità, secondo lo schema del contratto con effetti protettivi a favore del terzo.

E' quindi, secondo tale pronuncia, il soggetto che, con la nascita, acquista la capacità giuridica, che può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia e protezione di un suo specifico interesse, anche se le prestazioni debbono essere assolte, in parte, anteriormente alla sua nascita.

E' agevole, tuttavia, osservare che la ricostruzione in questione è stata operata dalla giurisprudenza al fine della risoluzione di un problema del tutto particolare, attinente, in realtà, alla risarcibilità del danno subito da soggetto con il quale, prima della nascita, non era intercorso alcun tipo di rapporto riconducibile al medico, essendo ogni rapporto intercorso tra quest'ultimo e la madre; onde le argomentazioni volte a ricostruire la natura di tale rapporto non forniscono elementi significativi a supporto dell'individuazione della natura del rapporto intercorrente tra medico e paziente.

E' significativo, inoltre, che in casi riguardanti sempre, come quello esaminato, la fattispecie di nascita di figlio indesiderato, altre pronunce¹⁶ hanno, invece, escluso la natura contrattuale della responsabilità, affermando quella aquiliana del medico e della casa di cura per l'indesiderata nascita del figlio, ritenendo leso il diritto, del paziente e del coniuge, alla procreazione corretta e responsabile ed accordando loro il risarcimento del danno per la lesione in sé e per le conseguenze pregiudizievoli¹⁷. Attualmente, come noto, la soluzione data al problema della nascita del figlio indesiderato è stato oggetto di rivisitazione da parte della giurisprudenza della Suprema Corte¹⁸, con le pronunce che hanno ritenuto l'ammissibilità di una responsabilità nei confronti del nascituro, per danni causati allo stesso, sulla quale, in questa sede, non ci si può dilungare; è interessante, comunque, osservare che detto nuovo orientamento è stato, in qualche modo,

¹⁵ (Cass. 22.11.93, n.11503, *RaDC*, 1995, 908)

¹⁶ (Trib. Milano, 20.10.97, I, 839).

¹⁷ (Trib. Milano, 20.10.97, I, 839).

¹⁸ Cass. 2.10.2012, n. 16754

anticipato da alcune pronunce sull'argomento, con spunti successivamente riprese dalla Suprema Corte, che, tuttavia, non apportavano, come visto, significativi contributi alla soluzione del problema dell'individuazione della fonte della responsabilità.

La differenziazione della posizione del sanitario rispetto a quella della struttura è stata successivamente superata dalla giurisprudenza della Suprema Corte¹⁹, con una ricostruzione recepita da tutte le successive pronunce, tanto della giurisprudenza di merito che di legittimità, e che ancora è ribadita in maniera pressoché unanime, pur dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 co. 1[^], D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni in L. 8 novembre 2012, n. 189 - c.d. Decreto Balduzzi.

Tale pronuncia muove da una prima considerazione, secondo cui appare riduttiva la riconduzione nell'ambito della responsabilità aquiliana della condotta inadempiente del soggetto che si presenta al paziente come l'effettivo dispensatore della prestazione, anche se all'uopo designato dalla struttura sanitaria.

Si sottolinea, al riguardo, come il tradizionale inquadramento nell'ambito extracontrattuale di tale responsabilità è incentrato sulla considerazione dell'elemento del danno, laddove il rapporto medico –paziente non si origina con il danno, ma si struttura prima, allorché il paziente si affida alle cure del medico e questi accetta di prestargliele.

Il danno che il paziente subisce dall'operato del medico, elevato dall'orientamento tradizionale a connotare la natura extracontrattuale della responsabilità, è, per l'orientamento più recente, un *posterius* rispetto al sorgere del rapporto che, comunque, si instaura tra il paziente che accetta la prestazione delle cure ed il medico incaricato dalla struttura.

Merito fondamentale di tale orientamento è quello di porre l'accento sulla considerazione del rilievo pubblicistico dell'attività medica, in quanto incidente sui beni della vita e della salute umana, costituzionalmente tutelati.

In sostanza, secondo tale indirizzo, il medico è operatore di una professione c.d. "protetta", cioè una professione per il cui esercizio è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, ed, in particolare, di una professione che ha ad oggetto la tutela di beni costituzionalmente garantiti, poiché la professione medica incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 Cost..

E la giurisprudenza sottolinea come a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un *non facere*, e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma appunto quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni

¹⁹ Cass. civ. 22/01/1999, n. 589

momento; l'abilitazione all'attività rilasciata al sanitario dall'ordinamento, non può che prescindere, nella sua operatività, dal punto fattuale se detta attività sarà conseguenza di un contratto o meno.

La responsabilità diretta del medico nei confronti del paziente non deriva, dunque, secondo tale impostazione, da un contratto, poiché nessun contratto è stato direttamente stipulato tra medico e paziente, né è riconducibile al generico precetto del *neminem laedere*, posto che l'inadempimento può realizzarsi senza che vi sia stata violazione dello stesso; la responsabilità deriva dal mancato raggiungimento della guarigione del paziente, in quanto ricollegata alla lesione della salute e della vita umana.

L'ordinamento, dunque, viene a porre a carico di determinati soggetti, che per la loro posizione particolare sono in grado di salvaguardare determinati beni, di fondamentale interesse per la collettività, non solo il generico precetto del *neminem laedere*, gravante sulla generalità dei consociati, ma un obbligo positivo di attivarsi, per salvaguardare detti beni.

Il rilievo pubblicistico viene, dunque, a connotare in maniera del tutto peculiare l'attività prestata dal medico, che deve conformarsi a determinati parametri di professionalità, richiesti dalla natura dei beni sui quali l'attività medesima viene ad incidere, e garantiti dal controllo pubblicistico della professionalità effettuato dallo Stato tramite il rilascio dell'abilitazione all'esercizio di detta professione, prima, ed ai successivi controlli dell'Ordine professionale, successivamente, garantiti attraverso il controllo sulla formazione, sull'aggiornamento professionale, disciplinare, ecc..

In una parola, la prestazione del medico è, per l'indirizzo in questione, vincolata al rispetto di determinati parametri di professionalità, imposti dall'ordinamento giuridico proprio in considerazione della delicatezza dei beni coinvolti nell'attività di cura, indipendentemente dall'assunzione, da parte del sanitario nei confronti del paziente, di un obbligo di prestare la propria attività.

L'obbligo di agire con la perizia richiesta, gravante, come detto, sul medico in quanto in possesso di cognizioni che lo rendono in grado di tutelare un bene fondamentale per l'ordinamento, viene a concretizzarsi, in particolare, allorché il medico viene a contatto con il paziente, e gli presta le proprie cure, non potendo l'ordinamento consentire una valutazione dell'attività di cura differenziata in relazione al tipo di rapporto instaurato dal medico con il paziente.

Viene, così, recepita la categoria del "rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale", dissociandosi la fonte dall'obbligazione che ne scaturisce, in modo tale che l'obbligazione può essere assoggettata alle regole del contratto, anche se il contratto non è la fonte generatrice.

Dalla ricostruzione della responsabilità del sanitario secondo lo schema del “contatto sociale”, la giurisprudenza ha tratto il corollario – per la verità non del tutto scontato – dell’applicabilità all’attività del sanitario delle norme che disciplinano la responsabilità contrattuale.

La ricostruzione della responsabilità sanitaria di struttura del S.S.N. in termini di responsabilità contrattuale da contatto sociale è ormai pacifica nella giurisprudenza di legittimità, come pure preponderante è l’orientamento della giurisprudenza, anche di merito²⁰, che ritiene che il paradigma della responsabilità sia rimasto immutato anche a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 3, co. I, del D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni in L. 8 novembre 2012, n. 189 - c.d. Decreto Balduzzi, che dispone: "1. L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo."²¹

La Suprema Corte, infatti, precisato che la norma va interpretata nel senso che vi sia stata depenalizzazione del reato di lesioni colpose determinata da colpa lieve commesso da esercente professione sanitaria che abbia seguito linee guida riconosciute o, in ogni caso, esclusione di responsabilità penale²², si è comunque orientata nel ritenere, quanto alle conseguenze civilistiche della condotta, che la modifica normativa non abbia mutato la qualificazione della responsabilità civile del sanitario come contrattuale, dovendosi retamente interpretare il richiamo- contenuto nella disposizione all’art. 2043 c.c., come non implicante alcuna interferenza diretta sul tipo di responsabilità²³.

²⁰ Contra, Trib. Milano, sez. 1^a civ., 26.2.2015, ritiene che l’art. 3 del decreto Balduzzi abbia riportato la responsabilità del sanitario nel l’ambito della responsabilità extracontrattuale; si veda, anche, Trib. Genova, n. 862/15.

²¹ Per una disamina delle interpretazioni giurisprudenziali all’indomani dell’entrata in vigore del decreto Balduzzi, si veda "Legge Balduzzi": natura della responsabilità civile del medico - Il Commento di Luisa Mattina a Trib. Cremona, 01 ottobre 2013, in *Danno e Resp.*, 2014, 6, 633 (nota a sentenza)

²² Nel primo senso, si veda Cass. sez. 3^a pen. 19.2.2013 n. 4030; nel secondo, Cass. sez. 4^a pen. 1.7.2015 n. 45527

²³ Cass. sez. 6^a civ. 17.4.2014, ord. n. 8940, secondo la quale l’art.3 non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l’irrilevanza della colpa lieve.

L'accettazione del paziente presso una struttura ospedaliera comporta, dunque, per la stessa, l'assunzione di una prestazione complessa, avente ad oggetto la somministrazione delle cure mediche, necessarie per la patologia del ricoverato, così come anche la messa a disposizione del personale ausiliario e paramedico e delle attrezzature necessarie, gli obblighi di ricovero ed alberghieri, ecc.

L'ente ospedaliero risponderà dei danni ex art. 1228 c.c. in solido con il medico, in caso di danni subiti dal paziente, che siano riconducibili ad una condotta colposa del medico e non alla violazione degli obblighi posti direttamente a carico dell'ente ospedaliero.

Il paziente danneggiato può quindi agire nei confronti dell'uno piuttosto che dell'altro dei condebitori per ottenere il risarcimento dei danni subiti; e, d'altro canto, l'affermazione della responsabilità per fatto dell'ausiliario prescinde dalla sussistenza di un rapporto di subordinazione del medico con la struttura, unico aspetto rilevante essendo quello dell'inserimento dell'operatore sanitario nell'organizzazione del debitore, che si avvale della sua opera per l'esecuzione dell'obbligazione²⁴.

Lo statuto della responsabilità del sanitario viene, pertanto, ad essere delineato nei termini seguenti.

La struttura ospedaliera pubblica o privata, presso la quale il paziente sia ricoverato, risponde a titolo contrattuale per i danni subiti dal paziente a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte del sanitario proprio dipendente; l'obbligazione di quest'ultimo nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale, poiché ad essa si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

Tale responsabilità è configurabile non in ogni ipotesi in cui taluno, nell'eseguire un incarico conferitogli da altri, procuri un danno a terzi, ma soltanto quando il danno sia derivato dalla violazione di una precisa regola di condotta, imposta dalla legge allo specifico fine di tutelare i terzi potenzialmente esposti ai rischi dell'attività svolta dal danneggiante.

²⁴ Cass., Sez. 3^a, 13 aprile 2007, n. 8826, parla di "rischio connaturato all'utilizzazione di terzi" nell'attuazione del rapporto

Pacifico è, ovviamente, che, qualora il paziente si rivolga ad un medico libero professionista, il rapporto debba qualificarsi come contrattuale.

Per la disciplina di detta responsabilità troverà dunque applicazione l'ordinario termine di prescrizione decennale²⁵, nonché il criterio di riparto degli oneri di allegazione e probatori previsti per la responsabilità contrattuale²⁶ (Cass. sez. 3^a civ. 24.5.2006 n. 12362 rv 589590), per cui in base alla regola di cui *all'art. 1218 cod. civ.* il paziente ha l'onere di allegare l'inadempimento, cioè la mancata guarigione, ovvero l'evento peggiorativo, non la colpa né, tanto meno, la gravità di essa, dovendo invece il sanitario provare o che inadempimento non vi è stato, o che, se inadempimento vi è stato, lo stesso è dovuto a causa a sé non imputabile, gravando, pertanto, sul sanitario l'onere di dimostrare che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno²⁷.

Troverà, altresì, applicazione la regola di cui *all'art. 1225 c.c.*, per quanto riguarda la delimitazione dei danni risarcibili²⁸.

E' il caso, infine, di precisare che le linee guida costituiscono prescrizioni e raccomandazioni elaborate dal mondo scientifico, la cui funzione è di influenzare, orientandola, l'attività del medico, in maniera di raggiungere il risultato voluto dalla terapia.

Le stesse, pur essendo uno strumento in grado di fornire indicazioni, non possono, peraltro, costituire l'unico parametro di riferimento per la valutazione della responsabilità del sanitario²⁹.

Invero, a prescindere dal fatto che le linee guida consacrano, per lo per lo più, il sapere scientifico, e, dunque, attengono, in massima parte, ai profili di perizia e di rispetto delle *leges artis* – con ciò profilandosi delicati profili di legittimità costituzionale in relazione alla limitazione della responsabilità, con esclusione della colpa per negligenza ed imprudenza- il loro rispetto può non

²⁵ Cass. Sez. 3^a civ. 19.4.2006 n. 9085

²⁶ Cass. sez. 3^a civ. 24.5.2006

²⁷ Cass. sez. 3^a co, iv. 12.12.2013 n. 27855

²⁸ Non applicabile, invece, alle fattispecie di responsabilità extracontrattuale, per effetto del mancato richiamo dell'art. 2056 c.c. all'art. 1225 c.c.

²⁹ Cass., 29 settembre 2012, n. 35922

essere esaustivo, qualora si pongano problematiche in relazione al singolo caso concreto, ovvero vi siano conoscenze scientifiche sopravvenute che rendano superate determinate linee guida, ecc..

E la circostanza che l'intervento del legislatore non abbia sopito il dibattito giurisprudenziale, evidenzia la peculiarità della materia della responsabilità medica, e l'importanza di trovare risposte adeguate ai mille interrogativi suscitati.

3.Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità civile nella medicina d'emergenza

Delineati i principi fondamentali regolanti la responsabilità del sanitario, si passa a trattare alcuni degli aspetti della responsabilità più specificamente relativi alla medicina d'emergenza.

Non è ovviamente possibile nel limitato spazio di questo intervento trattare tutti gli aspetti del problema, onde il lavoro si limiterà a sviluppare taluni spunti di particolare interesse, attraverso l'esame di alcune significative pronunce dei giudici di merito e di legittimità sul punto riguardanti, per lo più ma non solo, l'operato dei medici del Pronto Soccorso.

I confini dell'obbligazione di garanzia gravante sul medico di Pronto Soccorso possono precipuamente definirsi in base alle specifiche competenze proprie di quella branca della medicina che si definisce medicina d'emergenza o d'urgenza.

In tale ambito rientrano, *in primis*, l'esecuzione di accertamenti clinici, quindi la decisione circa le cure da prestare e l'individuazione delle prestazioni specialistiche eventualmente necessarie.

Correlata a tali doveri, è l'eventuale decisione inerente al ricovero del paziente ed alla scelta del reparto a ciò idoneo, mentre l'attribuzione della priorità d'intervento, detta *triage* ospedaliero, è procedura infermieristica.

Invero, la responsabilità del sanitario nel settore della medicina d'emergenza si caratterizza, soprattutto, per le problematiche collegate agli interventi urgenti, tra l'altro spesso in situazione di carenza di mezzi e personale, che spesso comportano un'organizzazione insufficiente a consentire

al sanitario di turno di far fronte adeguatamente al flusso delle emergenze, che possono influire sull'operato del medico, importando ricadute in termini di responsabilità.

Ancora, la tematica della responsabilità in materia di medicina d'emergenza offre spunti di particolare interesse sotto il profilo del rapporto tra l'intervento urgente e le successive fasi della terapia, in particolar modo con riferimento all'operatività del principio dell'affidamento nell'operato degli altri sanitari.

Stante, anche, la difficoltà di inquadramento diagnostico nell'emergenza sanitaria, ulteriori spunti interessanti sono offerti dalle pronunce relative alla completezza ed esaustività degli accertamenti disposti dal medico del Pronto soccorso, ed alla rilevanza delle linee guida nell'accertamento della responsabilità.

In un'interessante prima pronuncia³⁰, viene in rilievo uno degli aspetti di particolare difficoltà nell'accertamento della responsabilità del medico di Pronto Soccorso, in particolar modo, cioè, l'operatività del principio dell'affidamento nell'operato di altri sanitari, tenuto conto del fatto che, appunto, il sanitario effettua, presso il Pronto Soccorso, i primi accertamenti, per poi, eventualmente, stabilire il ricovero del paziente, con conseguente subentro di altro sanitario nel percorso terapeutico.

D'altro canto, come già accennato, stante la notoria scarsità di mezzi e risorse, le strutture di Pronto soccorso sono spesso sovraffollate, e non consentono al sanitario di dedicarsi per il tempo necessario alla visita accurata di ogni singolo paziente, proprio laddove, invece, l'urgenza del provvedere richiederebbe una maggiore attenzione e concentrazione, e la possibilità di espletare accertamenti diagnostici od effettuare consulti con celerità ed accuratezza.

Nella fattispecie oggetto della pronuncia della Suprema Corte, il medico del Pronto Soccorso che per primo aveva visitato il paziente, riteneva che lo esonerasse da responsabilità l'aver disposto il ricovero nel reparto di chirurgia, evidenziando la presenza di una sintomatologia tutta ancora da verificare, confidando nei successivi accertamenti soprattutto, al mattino successivo, dei medici del reparto di chirurgia.

Altro sanitario, il medico di guardia interdivisionale del turno tra le 5 e le 8 del mattino, rappresentava, dopo avere evidenziando di non avere avuto contezza del certificato del medico

³⁰ Cass. Pen. 28.10.2016, n. 45506

curante e che in quelle ore il paziente, da lui visitato, non aveva avuto significativi peggioramenti, di essersi egli da un lato "fidato" della diagnosi del collega di Pronto Soccorso, e dall'altro di avere confidato nel successivo intervento diagnostico dei chirurghi di reparto.

Ancora, un terzo sanitario sosteneva di avere fatto affidamento sul corretto operare del collega "primo in turno di visita".

Nella pronuncia, la Corte ha evidenziato che costituisce ormai *ius receptum* il principio che, in tema di colpa professionale medica, qualora ricorra l'ipotesi di cooperazione multidisciplinare, ancorché non svolta contestualmente, ogni sanitario - compreso il personale paramedico - è tenuto, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, all'osservanza degli obblighi derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico, senza che possa invocarsi il principio di affidamento da parte dell'agente che non abbia osservato una regola precauzionale su cui si innesti l'altrui condotta colposa, poiché la sua responsabilità persiste in base al principio di equivalenza delle cause, salva l'affermazione dell'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta, che presenti il carattere di eccezionalità ed imprevedibilità.

La Corte ha cioè ribadito il principio secondo cui il sanitario non è esentato, rispetto all'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio.

L'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta, che deve avere carattere di eccezionalità ed imprevedibilità, si ha solo allorquando la condotta sopravvenuta abbia fatto venire meno la situazione di pericolo originariamente provocata o l'abbia in tal modo modificata da escludere la riconducibilità al precedente garante della scelta operata³¹.

Con riferimento al medico del Pronto Soccorso, la Corte evidenzia come egli fosse stato messo a conoscenza del referto con il quale il medico di base aveva prescritto al proprio assistito di recarsi in pronto soccorso, avendogli riscontrato un "dolore persistente in sede periombelicale" e, alla palpazione "una pulsazione dell'aorta".

³¹ Cass. Sez. 4[^]; 26/10/2011, n. 46824

Quindi, la Corte evidenzia come la sola disposizione del ricovero del paziente non esime da responsabilità il sanitario, poiché, pur dato per acclarato che la pulsazione dell'aorta in un tal paziente non dovesse essere inequivocabilmente indice della presenza di un aneurisma, detta pulsazione avrebbe dovuto comunque indurre il medico a disporre degli immediati accertamenti, a cominciare da un'ecografia; la pur effettuata visita viene, dunque, ritenuta dalla Corte colposamente negligente, e porta al contestato errore diagnostico, che non è inficiato dal generico referto con cui il paziente viene ricoverato.

E' interessante notare, a tale ultimo proposito, come la Corte ritenga l'irrelevanza della durata della visita effettuata, poiché si specifica che la stessa appare colposamente negligente e porta al contestato errore diagnostico, indipendentemente dalla circostanza che la durata sia effettivamente stata quella dei pochi minuti di cui all'attestazione scritta.

La soluzione è, ovviamente, condivisibile, dovendo, ovviamente, la responsabilità essere parametrata sull'adeguatezza dell'accertamento compiuto dal medico a fini diagnostici, indipendentemente dal tempo impiegato per la visita.

Tuttavia, è evidente l'emersione della problematica dell'incidenza dell'organizzazione della struttura sotto il profilo del tempo da suddividere tra i plurimi accertamenti da effettuare, che viene a sottoporre l'operato del sanitario ad un giudizio discrezionale per quanto riguarda l'efficacia esimente del flusso delle emergenze.

La Corte peraltro ritiene la responsabilità, come detto, indipendentemente dalla durata della visita, in considerazione della redazione di un referto generico in ordine alle cause della sintomatologia in atto, per un paziente che continuava ad avere dolore, ed in presenza del certificato del medico curante (nel quale non si riportava solo la pulsazione dell'aorta, ma anche la presenza di un dolore persistente in sede periombelicale), che avrebbe dovuto allertare il sanitario.

Viene evidenziato, con decisione del tutto condivisibile, che il medico si trovava davanti ad un paziente specifico, per il quale avrebbe dovuto e potuto effettuare accertamenti adeguati al caso (ecografia addominale), onde formulare una diagnosi specifica³².

³² E' significativo, come evidenziato anche dalla Suprema Corte, che la Corte d'Appello definisca "pilatesca" la decisione di ricoverare il paziente in appoggio, alle 5.00 del mattino, presso il reparto di Ortopedia, con una diagnosi di "colica addominale"

Ma è significativo, e dirimente, al fine dell'accertamento della responsabilità, che il sanitario non avesse neppure riportato nel certificato di Pronto Soccorso il "dolore persistente in sede periombelicale" e "la pulsazione dell'aorta alla palpazione" segnalati dal medico curante solo qualche ora prima, con la prescrizione di invio del paziente al Pronto Soccorso (e la Corte evidenzia come pure nel certificato di Pronto Soccorso è prevista la voce "causa", accanto alla quale, nel caso in esame, compariva incomprensibile dicitura di "altra patologia").

A fronte di tali considerazioni, la Corte non ritiene esimente la circostanza che il sanitario fosse l'unico medico in servizio presso il Pronto Soccorso, in base alle risultanze istruttorie³³, e correttamente evidenzia come tale circostanza non consentisse affatto di ritenere che il sanitario fosse stato particolarmente pressato da altre urgenze proprio nel momento in cui il medico si era trovato ad operare (dalle ore 4.11 alle ore 4.20, come dal certificato di P.S. in atti).

Ecco che, quindi, appare delineata quella che è una delle incombenze più delicate gravanti sul medico del Pronto Soccorso, e cioè la selezione, nel flusso delle emergenze, dei casi più urgenti, e l'adeguata trattazione degli stessi.

E' interessante esaminare, in questa sede, anche la pronuncia di responsabilità relativa al secondo medico coinvolto nel caso in esame, cioè la guardia interdivisionale, non solo al fine di analizzare gli aspetti di responsabilità del sanitario subentrato al medico del Pronto Soccorso, ma anche perché, con riferimento a tale posizione, la sentenza impugnata aveva ritenuto che, qualora si fosse ritenuto legittimo, per il sanitario, fare affidamento sul fatto che, dalle ore 8.00 in poi, in qualsiasi ospedale torni ad esserci la giornaliera *routine*, non vi sarebbe stata alcuna necessità di approntare nel presidio un servizio di guardia medica notturna.

Anche il servizio di guardia medica notturna, invero, come risulta dalle connotazioni del caso di specie e come rilevato dalla Corte d'Appello, appare caratterizzato da una certa urgenza dell'intervento, comunque differenziata dalla quotidiana *routine* ospedaliera.

La Corte ha affermato, nel caso di specie, la responsabilità del medico di guardia interdivisionale, sulla scorta delle testimonianze rese dal personale infermieristico, che ha dichiarato che il paziente lamentava all'arrivo dolori addominali, che dopo la somministrazione di terapia antidolorifica prescritta dal sanitario si era tranquillizzato, anche appisolandosi, e che per questo motivo il

³³ Il teste citato dalla difesa aveva riferito che durante quella notte avevano visitato "... abbastanza pazienti, non era una notte di quelle notti che si possono dire tranquille, ecco...".

sanitario non era tornato più a visitare il paziente sino alla fine del suo turno, alle 8.00 del mattino successivo.

La Suprema Corte evidenzia come, se è vero che il sanitario non aveva avuto, contrariamente al collega del Pronto Soccorso, la possibilità di visionare il certificato del medico curante, è anche vero che egli si era trovato per primo a contatto con il paziente ricoverato in urgenza in chirurgia (peraltro, come detto, in appoggio in ortopedia), senza che fosse stata formulata alcuna diagnosi, in un quadro clinico che, come risultante dalle testimonianze del personale infermieristico, mostrava una persona che continuava a lamentare dolore all'addome, dolore che non si era calmato neppure a seguito della somministrazione della terapia antidolorifica.

Conseguentemente, la Corte di legittimità evidenzia l'estrema superficialità della visita (limitata, secondo le risultanze istruttorie, ad una palpazione dell'addome evidentemente del tutto sommaria, non avendo il sanitario, in base alla stessa, percepito la presenza di un'aneurisma di cm 6 in fase di prerottura), alla quale aveva fatto seguito, stante l'inadeguatezza della stessa, la prescrizione di un ennesimo antispastico addominale, che, se da un lato aveva attenuato il dolore (in sommatoria con la fiala di Buscopan appena somministrata in Pronto Soccorso), dall'altro di fatto aveva mascherato la sintomatologia che, invece, alle ore 5.00 di quella mattina, dopo diverse ore di dolore addominale (come riportato in cartella clinica), avrebbe dovuto allarmare il sanitario anziché indurlo a somministrare, *sic et simpliciter*, l'antispastico addominale.

E' significativo che la Suprema Corte, anche per la posizione del medico interdivisionale, abbia disatteso anche il richiamo all'affidamento sul corretto operare del collega del Pronto Soccorso che l'aveva preceduto e sui chirurghi di reparto che avrebbero poi preso in carico il paziente il mattino successivo, in primo luogo perché nessuna diagnosi era stata effettuata dal medico del Pronto Soccorso (che si era limitato a riportare l'essere in atto coliche addominali "di natura da determinare", di fatto passando il testimone proprio al collega di turno interdivisionale), in secondo luogo perché quest'ultimo, pur avendo avuto in carico il paziente per tre ore, dalle 5.00 alle 8.00 del mattino, non aveva più a visitato il paziente, laddove, tenuto conto dell'evidenza clinica di dolore addominale risalente ad alcune ore, ben avrebbe potuto e dovuto disporre accertamenti strumentali (anche una semplice ecografia addominale), che avrebbero rilevato la patologia in atto, consentendo in tal modo di indirizzare il paziente ad un tempestivo intervento chirurgico.

Altra particolare fattispecie in tema di medicina d'emergenza è quella relativa alla ritenuta responsabilità del sanitario per decesso del paziente per non aver posto una corretta diagnosi in modo da indirizzare il paziente in reparto o luogo di cura specialistico³⁴.

Invero, il sanitario è stato ritenuto responsabile del decesso del paziente, per avere omesso, in qualità di medico di turno presso il Pronto Soccorso, di diagnosticare l'infarto acuto al miocardio in atto quando il paziente si era presentato presso la struttura, e di conseguenza per aver omesso di chiedere la visita specialistica cardiologica e/o l'immediato trasferimento del paziente presso l'unità di terapia intensiva coronarica al fine di consentire un tempestiva adozione delle opzioni terapeutiche.

Il paziente, al momento dell'ingresso al Pronto Soccorso aveva un infarto del miocardio in atto, desumibile dal tracciato elettrocardiografico eseguito in quel frangente, che presentava chiaramente i segni della patologia, non riconosciuta, invece, dal sanitario, che aveva provveduto alle dimissioni, cui era seguita la morte, trenta minuti più tardi, non appena il paziente era giunto a casa.

E' stata sottolineata, nel caso di specie, l'incontestabilità della responsabilità, poiché, anche a voler ritenere che il medico del Pronto Soccorso non fosse in grado di leggere, in generale, il tracciato elettrocardiografico, nel caso di specie sopperiva la considerazione che si trattava di sanitario di lunga e comprovata esperienza, e che, comunque, la strumentazione con la quale era stato effettuato l'elettrocardiogramma aveva formulato automaticamente un responso di infarto, dal che discendeva la sollecitazione, per il medico, a sottoporre il paziente, con l'urgenza del caso, alla visita dello specialista.

La peculiarità della pronuncia in questione è, tuttavia, da ravvisarsi nella circostanza della valutazione dell'incidenza causale della condotta del sanitario, essendo stata ritenuta incontestabile e non contestata la risolutività sia dell'eventuale intervento di angioplastica, sia della possibile somministrazione immediata di terapia trombolitica, pervenendo così la Corte alla conclusione che il tempo a disposizione del sanitario per il trasferimento all'ospedale, presso il quale avrebbe potuto essere effettuata adeguata terapia, doveva ritenersi sufficiente quantomeno ad allontanare significativamente nel tempo la morte del paziente.

³⁴ Cass. Sez. 4^a del 05/04/2013, n. 29889.

Come sottolineato dalla Corte di Cassazione, punto nodale della decisione è quello della valutazione della valenza impeditiva del comportamento alternativo lecito, in relazione al quale viene esclusa la necessità di tenere conto delle evenienze – con conseguente esclusione dell’obbligo di motivazione sul punto - che avrebbero potuto proporsi con effetti ulteriormente impeditivi dell’approntamento di cure tempestive, quali, ad esempio, l’ipotetica indisponibilità di posti letto presso l’ospedale, ecc..

La Corte evidenzia come detto giudizio debba risultare attendibile secondo criteri di elevata credibilità razionale, in quanto fondato sulla verifica, anche empirica, ma scientificamente condotta, di tutti gli elementi di giudizio disponibili, criticamente esaminati; e, nel caso di specie, non vi erano, appunto, circostanze tali da indurre a ritenere che, nel caso concreto, il logico sviluppo degli eventi, secondo il criterio del più probabile che non, avrebbe importato quantomeno l’allontanamento della morte del paziente, stante la possibilità di cura nel vicino ospedale.

Ancora, la Suprema Corte³⁵ ha confermato l’affermazione di responsabilità di un cardiologo , poiché il paziente affidato alle cure dello stesso decedeva nel pomeriggio dello stesso giorno, a causa di tamponamento cardiaco acuto che il sanitario, per colpa, non aveva diagnosticato, omettendo di sottoporre, in particolare, il paziente a quegli esami strumentali che avrebbero evidenziato la grave patologia in corso.

Il paziente era stato indirizzato dal sanitario in servizio presso la Guardia Medica al Pronto Soccorso, e qui il medico di turno, riascoltato il paziente sulla sintomatologia (la notte aveva riposato assai male e avvertiva fitte trafittive alla nuca e ad altre parti del corpo), aveva escluso rischio ischemico, e fatto praticare gli enzimi cardiaci e richiesto approfondimento cardiologico, dopodiché aveva prescritto antidolorifico, somministrato in vena presso il pronto soccorso, e qualche giorno di riposo.

Ritornato a casa, il paziente aveva accusato di nuovo dolore e, ricondotto d'urgenza in ospedale, quivi era deceduto, nonostante le manovre rianimatorie.

Il Tribunale aveva ritenuto la colpevolezza del sanitario, per l’omissione di semplici e veloci accertamenti (ecocardiogramma, radiografia, ecc.) che avrebbero consentito di diagnosticare

³⁵ Cass. pen. Sez. IV[^], Sent..24.04.2013, n. 18573

l'avviato disseccamento dell'aorta e, dunque, per non avere consentito, previo trattamento farmacologico stabilizzante, l'intervento cardochirurgico, che con alta probabilità avrebbe impedito l'evento morte, applicando il criterio della controfattualità.

La Corte d'Appello escludeva invece la responsabilità, ritenendo che in ogni caso, tenuto conto dei luoghi e dell'allocazione del centro più vicino ove l'intervento avrebbe potuto essere praticato con successo, con alta probabilità logica lo stesso non avrebbe potuto essere effettuato in tempo utile, apparendo l'opposto asserto meramente congetturale e fondato sopra elementi probatori aleatori.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che, esistendo servizio di elisoccorso (al limite con interessamento dell'Esercito), il paziente si sarebbe potuto trasportare rapidamente presso l'ospedale, ove avrebbe ricevuto il trattamento chirurgico del caso, specie tenuto conto delle ottime condizioni generali, considerato oltretutto che il paziente, in assenza di cure di sorta, era tornato con i propri piedi a casa ed era deceduto solo dopo svariate ore dall'insorgere dei sintomi.

La Corte ha ritenuto, poi, "...palesamente privo di concludenza logica" l'asserto secondo il quale, poiché nell'ospedale del capoluogo si programmavano solo due interventi chirurgici al giorno (uno in ore antimeridiane e l'altro in ore postmeridiane), non sarebbe stato possibile soccorrere il paziente, invero osservando che risponde ad un modello organizzativo minimamente coerente che, in presenza dell'insorgere di una urgenza e della necessità, quindi, di un trattamento chirurgico tempestivo, dal quale dipenda il mantenimento in vita di un paziente, le altre attività programmate vengano posticipate o che, comunque, con gli sforzi organizzativi del caso, si faccia in modo di assicurare la soddisfazione dell'emergenza.

Si discosta dalle altre, invece, la sentenza della Suprema Corte³⁶, con la quale è stata esclusa la responsabilità del sanitario, in relazione all'imputazione di aver cagionato, per colpa consistita in negligenza, imprudenza, imperizia, nonché nell'inosservanza delle regole dell'arte medica, la morte del paziente, non diagnosticando una notevole dilatazione aneurismatica dell'aorta ascendente, nella sua qualità di medico del Pronto Soccorso preso l'ospedale, al paziente che si era presentato lamentando dolori al torace.

Il sanitario si era limitato ad effettuare un elettrocardiogramma e a misurare la pressione arteriosa, non eseguendo altro esame obiettivo né alcun prelievo del sangue, né aveva provveduto a disporre il

³⁶Cass. Sez. IV, del 15.9.2009 n. 35659

ricovero del paziente, dimettendolo, invece, con una diagnosi di algie toraciche, prescrivendo terapia con farmaci antidolorifici e gastroprotettori.

La Corte territoriale aveva ritenuto la negligenza ed imperizia del sanitario, rilevando che il dolore toracico avrebbe meritato un approfondimento ed un esame radiografico che avrebbe consentito una corretta e tempestiva diagnosi, da cui sarebbero scaturite concrete possibilità di sopravvivenza nelle prime ore dell'avvenuta dissecazione dell'aorta, in un soggetto giovane e in ottime condizioni di salute.

Da ciò, la Corte aveva fatto discendere la negligenza dell'imputato, rinvenendola non soltanto nell'omissione degli accertamenti ritenuti indispensabili dalla scienza medica, ma anche nella intempestività e nella mancata diagnosi.

La Corte ha invece accolto la tesi difensiva, secondo la quale l'osservanza, nel caso di specie, della *lex artis* e l'assenza del nesso di causalità, erano tali da escludere la responsabilità.

La Corte evidenzia, infatti, come l'impugnata sentenza configuri la colpa sulla base di elementi dei quali l'agente non disponeva né poteva disporre, vuoi perché non portati a sua conoscenza - la sentenza avrebbe tratto la conoscenza del quadro clinico da parte del medico dallo scambio di conversazioni intercorse tra il paziente, prima di recarsi al pronto soccorso, e i testi del P.M.), vuoi perché conoscibili solo dopo l'esame autoptico.

La Corte evidenzia che la stessa sentenza impugnata si pone il principio metodologico dell'indagine da esperire, prefiggendosi di accertare se, in base ai dati clinici e alla sintomatologia disponibile all'atto della visita effettuata dall'imputato, tale patologia poteva, anche soltanto a titolo di probabilità o sospetto, essere diagnosticata.

La Corte rileva, poi, che la decisione impugnata deduce la sintomatologia al momento della visita presso il pronto soccorso, a parte le argomentazioni tratte dalla diagnosi autoptica ed anatomopatologica, prevalentemente in base a quanto riferito dalla madre del paziente, che avrebbe appreso da quest'ultimo che il dolore era tale da non poter parlare e che al lavoro il figlio, come riferitole ancora da quest'ultimo e da suoi colleghi di lavoro, si era chinato in due sul bancone di vendita e non aveva potuto mantenere la posizione eretta, né aveva potuto respirare bene.

Evidenzia, quindi, che l'intensità del dolore, quale riferita *de relato* dai testi, mal si conciliava con la scheda di "triage" che riportava il codice giallo, cioè la priorità media, ed il valore lieve, cioè 1, del dolore toracico, e che, in ogni caso, mancava ogni indicazione nella decisione circa l'emergenza processuale dalla quale la Corte aveva tratto il sicuro convincimento che i sintomi manifestati dal paziente fossero stati effettivamente comunicati al sanitario.

Né, d'altro canto, secondo la Corte, avrebbe potuto trascurarsi quanto riferito in proposito dal teste (infermiere)³⁷, che aveva compilato la scheda del "triage", secondo il quale il paziente camminava, era entrato con i suoi piedi, era stato condotto al presidio in motocicletta, aveva riferito del dolore toracico, non aveva fatto cenno ad un dolore epigastrico, era tranquillo, non aveva una posizione scorretta ed un colorito era normale, circostanze che, secondo la Corte, trovavano indiretta conferma nel fatto che il paziente, una volta dimesso, invece di tornare subito a casa, si era presentato nel reparto ospedaliero dov'era ricoverato il padre del medesimo.

Di particolare interesse per quanto riguarda la medicina d'emergenza è altresì la fattispecie della responsabilità in relazione al consulto effettuato, atteso che, data la sempre maggiore specializzazione nel settore medico, l'ipotesi del consulto è spesso ricorrente anche nei casi di accesso del paziente al Pronto Soccorso.

Con riferimento alla posizione di garanzia del medico che sia stato interpellato anche per un semplice consulto, la Corte regolatrice³⁸ ha elaborato il principio in base al quale il medico che, sia pure a titolo di consulto, accerti l'esistenza di una patologia ad elevato ed immediato rischio di aggravamento, in virtù della sua posizione di garanzia ha l'obbligo di disporre personalmente i trattamenti terapeutici ritenuti idonei ad evitare eventi dannosi ovvero, in caso d'impossibilità di intervento, è tenuto ad adoperarsi facendo ricoverare il paziente in un reparto specialistico, portando a conoscenza dei medici specialistici la gravità e urgenza del caso, ovvero, ancora, nel caso di indisponibilità di posti letto nel reparto specialistico, richiedendo che l'assistenza specializzata

³⁷ Singolare, peraltro, appare la decisione della Corte di ritenere correttamente inattendibile il teste, ovviamente ritenuto portatore di un interesse non assolutamente neutro – in quanto compilatore della scheda di "triage" –, ritendo, comunque, che le dichiarazioni dello stesso rimanessero pur sempre, incancellabili – e, dunque, rilevanti ai fini della decisione, in quanto aventi comunque valenza tale da suffragare ulteriormente i dubbi circa la chiara manifestazione da parte del paziente dell'intensità del dolore al momento della visita.

³⁸ Cass. Sez. 4^a, 11/12/2002, n. 4827

venga prestata nel reparto dove il paziente si trova ricoverato, specie laddove tale reparto non sia idoneo ad affrontare la patologia riscontrata con la necessaria perizia professionale.

Nel caso di specie, tuttavia, la Corte, pur evidenziando che l'imputato era stato nuovamente interpellato, dopo il ricovero, dal personale infermieristico per un consulto, ha ritenuto che ciò non consentisse di pervenire all'annullamento della sentenza impugnata, che non aveva fondato il giudizio assolutorio in via esclusiva e dirimente su tale argomento.

Dirimente è, invero, in tale pronuncia, la considerazione del giudice di primo grado che, esaminata la possibilità di affermare la persistente posizione di garanzia assunta dall'imputato dopo il ricovero della paziente in reparto, ha riscontrato una lacuna istruttoria, idonea ad ingenerare il dubbio circa la prevedibilità dell'evento, avendo il Tribunale constatato che non sussistevano dati istruttori sufficienti a descrivere l'evoluzione del quadro sintomatologico della paziente per come monitorato dal personale paramedico presso il reparto di medicina.

E' dunque affermato il principio secondo il quale, pur dovendosi, come già evidenziato, ritenere che la posizione di garanzia del medico di pronto soccorso sia operante anche con riguardo alle scelte terapeutiche successive al ricovero in reparto, in tal caso, al fine dell'affermazione della responsabilità, occorre anche la prova che la continuità assistenziale assicurata dal personale infermieristico del reparto sia stata idonea a rendere edotto il sanitario in merito all'evoluzione del quadro clinico inizialmente riscontrato.

Interessante, per l'oggetto del presente lavoro, è anche soffermarsi sull'analisi delle tematiche relative alla responsabilità del sanitario del servizio di Guardia Medica ³⁹.

L'istituzione del servizio di Guardia medica si ha con l'art. 33 dell'Accordo collettivo nazionale per la regolamentazione dei rapporti con i medici di medicina generale, reso esecutivo con D.P.R. 13 agosto 1981, ed il servizio nasce per assicurare in particolari fasce orarie, giornaliere e settimanali, la sostituzione del medico mutualista relativamente a tutte le necessità degli assistiti; tale specificità della Guardia medica è confermata successivamente dal D.P.R. n. 41/1991.

³⁹ Sul Servizio di emergenza-urgenza, v. Urso, Il Sistema di Emergenza-Urgenza nel Servizio Sanitario Nazionale: un'analisi delle criticità, in *Recenti progressi in Medicina*, 4, 2008, 183.

La giurisprudenza in materia tende a circoscrivere la responsabilità ex art. 328 c.p. della Guardia medica che non aderisce a richieste di visite domiciliari ai casi che presentano una più spiccata gravità, e a ritenere lecita negli altri la mera assistenza telefonica.

Con il D.P.R. 27 marzo 1992 -Atto di indirizzo e coordinamento alle Regioni per la determinazione dei livelli di assistenza sanitaria di emergenza, venne istituito il Servizio sanitario emergenza-urgenza 118.

L'emergenza si differenzia dall'urgenza, ricorrendo la prima in ipotesi di pazienti gravissimi, a rischio della vita, situazione non sussistente per i secondi, che è tipica di quei pazienti per i quali tale rischio non sussiste, ma è opportuno l'intervento terapeutico entro breve tempo.

L'art. 66 del D.P.R. n. 484/1996 prevede che i medici già incaricati nei servizi di Continuità assistenziale possano essere addetti all'attività di emergenza territoriale solo dopo la frequenza di appositi corsi ed il conseguimento di un attestato di idoneità; di fronte ad una situazione di emergenza-urgenza, il medico del servizio di Continuità assistenziale non dovrà — né potrà — attuare una terapia sostituendosi al servizio di emergenza-urgenza.

Ed infatti, l' art. 52, comma 8, D.P.R. 28 luglio 2000, n. 270 prevede che il medico di continuità assistenziale che ne ravvisi la necessità deve direttamente allertare il servizio di urgenza ed emergenza territoriale per l'intervento del caso.

Dunque il diniego da parte del medico di continuità assistenziale della visita domiciliare non integrerà la fattispecie ex art. 328 c.p. sia nel caso in cui da un'attenta valutazione *ex ante* della situazione rappresentata – a volte per via telefonica - non sussista neppure quella che in gergo medico è definita urgenza differibile, sia nel caso opposto in cui risulti un'emergenza-urgenza, poiché, in tale ultimo caso, dovrà allertare il servizio di emergenza territoriale⁴⁰.

In altra pronuncia della Suprema Corte⁴¹ viene in considerazione invece il caso del medico di turno sull'ambulanza del servizio 118, che si era opposto ad una richiesta di trasferimento avanzata da una sua collega e da un infermiere, i quali, a seguito della perdita di conoscenza di un loro paziente, che

⁴⁰ Secondo Cassazione Sez. VI, 5 giugno 2007, la discrezionalità riconosciuta al medico [...] non può mai debordare in arbitrio o coprire colpevoli inerzie -fattispecie nella quale l'imputato non aveva visitato, indirizzandolo alla farmacia, il paziente che si era a lui rivolto, nelle prime ore del mattino, accusando un forte malessere alla bocca dello stomaco e che, nello stesso giorno, era poi deceduto per infarto.

⁴¹ Cass. pen. Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 34402

si trovava in ospedale affetto da uno stato febbrile acuto, invano avevano sollecitato il sanitario affinché trasportasse il malato presso un ospedale più attrezzato.

L'imputato aveva rifiutato, sostenendo che non avrebbe potuto provvedere al trasporto se non previo ordine in tal senso dalla centrale operativa, addetta, secondo le linee guida del 118, a disporre gli interventi di soccorso, cosicché l'altro medico e l'infermiere furono costretti a richiedere l'intervento di un'ambulanza proveniente da un ospedale più lontano per garantire al paziente le cure necessarie.

La Suprema Corte Cassazione ha ritenuto, in tal caso, che, stando all'atto d'intesa tra Ministero della Sanità e Regioni, rientra nei compiti del medico di guardia, laddove vi sia un paziente che versi in condizioni critiche, operare la scelta dell'ospedale di destinazione, in modo da far prevalere la discrezionalità del medico, sicuramente più idonea per effettuare tale scelta, su quella della centrale operativa ⁽¹⁾. avendo il sanitario la possibilità di visitare il paziente, e di accertarsi delle sue condizioni, e non dovendosi, dunque, subordinare la cura del paziente all'espletamento di pratiche burocratiche, nelle ipotesi che prevedano la necessità di un intervento tempestivo.

E' comunque da osservare che la giurisprudenza⁴² ritiene, ovviamente, necessaria a fondare la responsabilità non una qualunque omissione di ricovero, ma solo quella relativa ai casi in cui l'urgenza del ricovero sia effettiva e reale, per l'esistente pericolo di conseguenze dannose alla salute della persona.

Anche per il medico di guardia andranno, comunque, tenute presenti le circostanze del caso concreto, e dovrà considerarsi che lo stesso è chiamato ad intervenire sulla base di informazioni spesso frammentarie, cercando di prendere una decisione adeguata, nonostante gli scarsi mezzi di cui dispone per comprendere ciò che sta accadendo; deve, dunque, tenersi conto di quale fosse la condotta esigibile nel momento in cui venne richiesta l'effettuazione dell'intervento.

Dunque, se l'urgenza fonda l'obbligo dell'intervento del sanitario, fondando maggiori e più delicati obblighi di attenta valutazione e perizia, d'altro canto viene, secondo quanto detto, a delimitare e circoscrivere l'ambito della responsabilità⁴³.

⁴² Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 46512

⁴³ Cass., Sez. VI, 14 gennaio 2004, n. 34047

Infine, particolarmente significativa è la pronuncia della Cassazione⁴⁴ che ritiene che, tuttavia, in caso di necessità d'intervento immediato, il sanitario non possa limitarsi a suggerire di chiamare il 118, potendo, anzi, proprio da tale suggerimento evincersi che il medico, in base alle sommarie informazioni apprese, fosse convinto della necessità dell'intervento, e dovendo ritenersi l'urgenza riferibile ad un pregiudizio anche solo potenziale, e non necessariamente irreparabile, che potrebbe comunque derivare al paziente dalla mancata o tardiva assistenza sollecitata.

⁴⁴ Cass., Sez. VI, 15 settembre 2008, n. 35344

Numero: 1 del 2017
Autore: **Rosalba Alfarano**
Consulente giuridica
del Consiglio Regionale del Lazio

Dott.ssa Daniela Runci
Consulente di economia sanitaria
del Consiglio Regionale del Lazio

Aspetti problematici sugli oneri di compartecipazione degli utenti ai costi per i servizi socio – sanitari

Sommario: *1. In generale, sul diritto alla tutela della salute, con particolare riguardo ai limiti all’attuazione del precetto costituzionale: bilanciamento di tale diritto (nella specie del diritto ai trattamenti sanitari) con i vincoli finanziari, a copertura costituzionale. 2. Inquadramento della problematica relativa agli oneri di compartecipazione degli utenti ai costi relativi alle prestazioni di integrazione socio-sanitaria, con riflessioni sui “L.E.A.”, in generale e sulla normativa in materia di I.S.E.E. (rilevante ai fini della soglia di accesso alle prestazioni). 3. Segue: analisi della specifica normativa della Regione Lazio in tema di compartecipazioni pubbliche alla spesa socio-sanitaria, con esame dei correlati costi a carico degli utenti in sede di partecipazione tariffaria. 4. I dati sulla rinuncia alle cure nel Lazio (sub specie di rinuncia ai ricoveri nelle R.S.A.) e comparazione con le altre Regioni. 5. Conclusioni.*

1. In generale, sul diritto alla tutela della salute, con particolare riguardo ai limiti all’attuazione del precetto costituzionale: bilanciamento di tale diritto (nella specie del diritto ai trattamenti sanitari) con i vincoli finanziari, a copertura costituzionale.

Il diritto alla salute¹ è, come noto, riconosciuto e tutelato dall’art. 32 Cost.².

Al precetto costituzionale è stata data attuazione dall’art. 1 della legge n. 833/1978³.

¹ In generale, sul diritto alla salute, cfr., in dottrina, STEFANELLI, *Il diritto alla salute nel disegno costituzionale*, in www.leggioggi.it, 8/1/2014; SICLARI, *L’articolo 32, primo comma, della Costituzione italiana nell’interpretazione della Corte Costituzionale*, in *Lex Social*, n. 2/2012, 79-88; PALAMONI, *L’evoluzione del diritto alla salute: riflessi giurisprudenziali ed organizzativi*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2013.

² Segnatamente, ai sensi dell’art. 32, c. 1, Cost., “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti*”.

E’, in tal modo, introdotto il principio universalistico dell’accesso alle cure per i cittadini, con riconoscimento, da un lato, del diritto ad usufruire di adeguate prestazioni di prevenzione e di cura, dirette al mantenimento o al recupero dello stato di benessere (cfr. Corte Cost., sentenza del 16/10/1990, n. 455, red. Baldassarre) e con garanzia, dall’altro lato, della gratuità, per coloro che versino in condizioni di disagio economico.

³ In particolare, ai sensi dell’art. 1, c. 1, della legge n. 833/1978, “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale*”.

Nell'ambito della normativa regionale del Lazio (che sarà presa particolarmente in considerazione nel corso dell'odierna esposizione), occorre avere, altresì, riguardo all'art. 7, c. 1, dello Statuto della Regione⁴.

La nostra Consulta ha chiarito che il diritto alla salute (garantito dal citato art. 32 Cost. come diritto primario e fondamentale), considerato sotto il profilo della difesa dell'integrità fisiopsichica della persona umana, è un diritto *erga omnes*, immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, direttamente tutelabile e azionabile in giudizio⁵ (cfr., *ex multis*, C. Cost., sentenza n. 455/1990, red. Baldassarre; C. Cost., ordinanza n. 40/1991, red. Borzellino; C. Cost., sentenza n. 304/1994, red. Baldassarre; C. Cost., sentenza n. 267/1998, red. Capotosti; C. Cost., sentenza n. 309/1999⁶, red. Mezzanotte; C. Cost., sentenza n. 111/2005, red. Quaranta).

Per i profili maggiormente rilevanti in questa sede, il diritto alla salute inteso, invece, nella sua componente di diritto ai trattamenti sanitari, è soggetto alla determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione della relativa tutela da parte del legislatore ordinario. Ed infatti, alla pari degli altri diritti a prestazioni positive, anche il diritto ai trattamenti sanitari è basato, per

Come noto, in generale, la legge n. 833/1978 ha previsto il diritto ad ottenere le prestazioni volte alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute (fisica e psichica) nell'ambito del servizio sanitario nazionale ("S.S.N."), permettendo, contemporaneamente, alle Regioni (ed alle Province autonome), di prevedere prestazioni sanitarie aggiuntive, purché non contrastanti con i principi costituzionali, da porre a carico dei bilanci dei predetti enti.

Nell'ambito dell'organizzazione sanitaria del nostro Paese, può essere utile ricordare che il D. Lgs. n. 502/1992 (e successive modifiche ed integrazioni) ha conferito alle Regioni il compito di legiferare e di amministrare in materia sanitaria, con espressa attribuzione del potere di definire l'organizzazione delle A.s.l. e delle Aziende Ospedaliere, previa individuazione dei servizi di rilevanza sanitaria di pertinenza di queste ultime e con regolamentazione, in via autonoma, dei profili di approvvigionamento finanziario (cfr. art. 2, c. 2 e c. 2-*sexies*, del D. Lgs. n. 502/1992).

E' sempre il D. Lgs. n. 502/1992 (e successive modifiche ed integrazioni) ad avere conferito un valore più rilevante ai Comuni (cfr. art. 2, c. 2-*bis*, del D. Lgs. n. 502/1992), specialmente per quanto attiene alla qualificazione dell'assistenza socio-sanitaria in fase programmatica (cfr. art. 1, c. 10 e c. 13, del D. Lgs. n. 502/1992).

⁴ Testualmente, in base all'art. 7, c. 1, dello Statuto della Regione Lazio, "La Regione, ispirandosi al principio di solidarietà, ... promuove come obiettivi prioritari la salvaguardia della salute ...".

⁵ Nel medesimo ordine di idee, ma sotto un diverso profilo di indagine, cfr. Cass. Civ., sentenza n. 796/1973 del 21/3/1973, nella quale il diritto alla salute è stato qualificato come un vero e proprio diritto soggettivo. La sentenza in esame della Suprema Corte è stata tra le prime a definire ed a riconoscere la categoria dogmatica del danno biologico.

⁶ In particolare, molto significativamente ai fini odierni e anticipando un tema di indagine che verrà ampiamente approfondito nella presente esposizione, nella pronuncia n. 309/1999 della nostra Consulta è dato leggere: "Come la Corte ha ripetutamente affermato, la tutela del diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost., non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone. Le esigenze della finanza pubblica, tuttavia, non possono assumere - come anche si è precisato - nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile di tale diritto, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana. Ed è certamente a quest'ambito che appartiene il diritto dei cittadini in disagiate condizioni economiche - o, secondo la terminologia dell'art. 32 Cost., indigenti - a che siano loro assicurate cure gratuite".

definizione, su norme costituzionali di carattere (meramente) programmatico (in quanto impositive di un determinato fine da raggiungere).

In altri termini, ove considerato alla luce della specifica componente presa in considerazione nei sensi che precedono, il diritto alla salute non è garantito in modo assoluto, ma condizionato, nel senso che: “*Il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è "garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti" (ex plurimis, sentenze n. 267/1998, n. 304/1994 e n. 218/1994). Bilanciamento che, tra l'altro, deve tenere conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone, restando salvo, in ogni caso, quel "nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" (sentenze n. 309/1999, n. 267/1998 e n. 247/1992), il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano, appunto, pregiudicare l'attuazione di quel diritto*” (cfr. C. Cost., sentenza n. 509/2000, red. Capotosti)⁷.

⁷ Per il necessario bilanciamento del diritto ai trattamenti sanitari con le esigenze di equilibrio della finanza pubblica, cfr. BARBERA – FUSARO, *Corso di diritto pubblico, Il Mulino*, Bologna, 2012, 1 79. Sul punto, cfr., altresì, Consiglio di Stato, Sez. V, 21/9/2010, n. 7025.

Si precisa che quanto sostenuto nel corpo del testo del presente saggio è avvalorato alla luce dei provvedimenti legislativi recentemente adottati in conseguenza della crisi economica degli ultimi anni. Il riferimento corre, anzitutto, al decreto legge sulla *spending review* n. 95/2012 (convertito con modificazioni dalla legge n. 135/2012), nonché alle varie leggi di stabilità più o meno coeve, a decorrere da quella del 2013 (vale a dire dalla n. 228/2012).

In ordine ai vincoli finanziari condizionanti la tutela del diritto alla salute, *sub specie* di diritto ai trattamenti sanitari, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 7/12/2015, n. 5539, resa in materia di impugnazione di una delibera regionale che, previo esercizio del potere di regolazione tariffaria, aveva disposto, per due annualità, la sospensione dell'applicazione delle norme regionali sull'adeguamento delle tariffe al tasso di inflazione programmata – ovvero su altri adeguamenti automatici - per i servizi residenziali e semiresidenziali, erogati nelle strutture socio-sanitarie accreditate con il S.S.R., in relazione alle tipologie di prestazioni dell'area socio-sanitaria residenziali e semiresidenziali di cui all'allegato 1-C del D.P.C.M. del 29/11/2001 (su cui, cfr. *infra*, *sub* paragrafi II e III).

Per quanto maggiormente rileva nella sede odierna, va, inoltre, evidenziato che il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima la delibera regionale così impugnata, ritenendo prevalente, rispetto a tutti gli altri interessi coinvolti nella vicenda (*in* compresi quelli a valenza di tutela sanitaria), il perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, nel rispetto degli obblighi comunitari (con particolare riguardo all'attuazione del già citato decreto legge n. 95/2012 sulla *spending review*).

Sotto altro profilo, può essere utile ricordare il precedente illustre di cui a Cass. Civ., Sez. Lav., 17/6/2010, n. 14642 (sentenza edita in *Giur. It.*, 2011, 4, pag. 789 con nota di RESCIGNO), secondo cui “*La valutazione positiva ottenuta dall'U.V.G. (Unità di valutazione geriatrica) dell'A.S.L. regionale per il ricovero presso una RSA (residenza sanitaria assistita) è condizione necessaria per acquisire il diritto a percepire il contributo, ma non sufficiente, rimanendo l'acquisto subordinato alle disponibilità di bilancio*”.

In conformità al riferito insegnamento della Corte Costituzionale, il nostro legislatore ha individuato, in generale, i livelli essenziali e uniformi di assistenza (“L.E.A.”)⁸ assicurati dal Servizio sanitario nazionale (“S.S.N.”), per il periodo di validità del Piano sanitario nazionale, *“contestualmente all’individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l’intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico finanziaria”* (cfr. art. 1, c. 3, del D. Lgs. n. 502/1992)⁹.

D’altro canto, a seguito dell’inserimento, nel nostro sistema giuridico, del principio dell’equilibrio di bilancio, a copertura costituzionale (cfr. art. 81 Cost.¹⁰), *“E’ difficile non rintracciare nel valore della sostenibilità complessiva della spesa pubblica un elemento da porre a confronto e da controbilanciare ad altri interessi rilevanti in sede costituzionale, ivi compreso quello collettivo alla salute dei cittadini”* (cfr. T.A.R. Puglia – Lecce, Sez. II, 26/2/2015, n. 699)¹¹.

⁸ Su tale tema di indagine, si ritornerà *infra, sub* paragrafi II e III.

⁹ L’art. 1, c. 3, del D. Lgs. n. 502/1992 prosegue disponendo che: *“Le prestazioni sanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza sono garantite dal Servizio sanitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità previste dalla legislazione vigente”*.

Fermo restando quanto sarà dedotto nel prosieguo della presente esposizione, è opportuno ricordare che, nel nostro ordinamento, il rispetto dei livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale (“L.E.A.”) è garantito in conformità, tra gli altri, al principio dell’economicità delle risorse (cfr. art. 1, c. 2, del D. Lgs. n. 502/1992, così come modificato dall’art. 1, c. 5, del decreto legge 18/9/2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16/11/2001, n. 405).

¹⁰ In particolare, ai sensi dell’art. 81 Cost., c. 1, c. 2 e c. 6: *“Lo Stato assicura l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio ... Il ricorso all’indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere ..., al verificarsi di eventi eccezionali. ... Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l’equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale”*. Si precisa che l’appena citato sesto (ed ultimo) comma della disposizione costituzionale in esame è stato attuato con la legge 24/12/2012, n. 243, recante *“Disposizioni per l’attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell’art. 81, c. 6, Cost.”*.

E’ opportuno ricordare che il principio del pareggio di bilancio è stato introdotto dall’art. 1, c. 1, della legge cost. n. 1/2012 (con il quale è stato, appunto, riformulato l’art. 81 Cost.), con concreta operatività a decorrere dall’esercizio finanziario relativo all’anno 2014 (cfr. art. 6, c. 1, della legge Cost. n. 1/2012).

Merita sottolineare che è proprio a seguito della previsione del principio dell’equilibrio di bilancio *ex* art. 81 Cost. (unitamente a quella del divieto di finanziare la spesa pubblica facendo ricorso all’indebitamento) che è iniziata a proliferare, sia in dottrina che in giurisprudenza, l’espressione *“diritti finanziariamente condizionati”*, nell’ottica di evidenziare il possibile affievolimento dei diritti pretensivi (fra cui, come visto, quello alla salute, *sub specie* di diritto ai trattamenti sanitari) al cospetto di risorse finanziarie ridotte.

¹¹ Cfr., altresì, T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 1°/3/2007, n. 1911, in cui, molto significativamente, in sede di decisione di un ricorso in annullamento interposto avverso una delibera regionale di ripartizione nei livelli di assistenza del fondo sanitario regionale annuale, è stato ritenuto che: *“La fissazione dei limiti di spesa rappresenta l’adempimento di un preciso ed ineludibile obbligo dettato da insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica (Cons. di Stato, Sez. V, 31/1/2003, n. 499). Detta conclusione non lede il diritto alla salute, garantito*

A tale ultimo riguardo, è bene evidenziare che la nostra Consulta, dando seguito al proprio orientamento (sopra ricostruito), ha, ancor prima della modifica dell'art. 81 Cost. *ex lege* cost. n. 1/2012, ritenuto di dover chiarire che: *“Spetta al legislatore statale il compito di evitare l'aumento incontrollato della spesa sanitaria e di effettuare un bilanciamento tra l'esigenza di garantire ugualmente a tutti i cittadini il diritto fondamentale alla salute, nella misura più ampia possibile, e quella di rendere compatibile la spesa sanitaria con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che è possibile ad essa destinare”* (cfr. sentenza n. 149/2010, red. Mazzella). In altri termini, secondo la nostra Consulta, il concreto articolarsi delle iniziative a tutela della salute umana, per quanto pertinente ad un bene/interesse di primario rilievo costituzionale (cfr. citato art. 32 della Carta Fondamentale), è chiamato necessariamente a confrontarsi con le ineludibili esigenze di salvaguardia dei bilanci degli enti pubblici coinvolti, conformemente al modello dei cd. *“diritti finanziariamente condizionati”*¹² (così C. Cost., sentenze n. 247/1992, red. Borzellino e n. 267/1998, red. Capotosti).

In relazione al contesto sopra ricostruito, è stato, quindi, ritenuto che: *“Nel settore dei servizi socio-sanitari¹³ operano principi consolidati quali: il coordinamento generale di tutta la finanza pubblica¹⁴; l'equilibrio dei bilanci in relazione alle risorse limitate disponibili; il contenimento delle prestazioni sanitarie con i vincoli del bilancio, assicurando il diritto alla salute e i L.E.A.¹⁵, quali livelli uniformi garantiti a tutti i cittadini, l'appropriatezza e la ragionevolezza dei fondi assegnati e delle prestazioni stesse, nell'equa distribuzione dei sacrifici e dei carichi finanziari; la imprescindibilità e la vincolatività dei piani di rientro del comparto sanitario imposti dal Parlamento e dal Governo; il conseguente obbligo delle Regioni di adottare i necessari provvedimenti organizzativi e finanziari sì di natura discrezionale ma autoritativi, volti al rigoroso*

dall'art. 32 Cost., il quale non deve essere tutelato incondizionatamente, bensì, come più volte affermato dal Giudice delle leggi (20/11/2000, n. 509; 17/7/1998, n. 267) compatibilmente con altre esigenze, prima fra tutte quella relativa alla disponibilità delle risorse finanziarie, di cui all'art. 81 Cost.”. Per l'effetto, non è stata, pertanto, ritenuta illogica la scelta della Regione di contenere il *budget* in relazione a prestazioni incidenti fortemente sulla spesa sanitaria.

¹² Cfr. T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. III, 24/10/2013, n. 2507, secondo cui: *“Benchè bene/interesse di primario rilievo Costituzionale (già secondo l'art. 32 della Carta Fondamentale), il concreto articolarsi delle iniziative a tutela della salute umana si confronta con ineludibili esigenze di salvaguardia dei bilanci degli enti pubblici impegnati in tale attività, secondo il modello dei cd. “diritti finanziariamente condizionati””*.

¹³ Particolarmente rilevanti ai fini della presente elaborazione, come si vedrà meglio *infra*, sub paragrafi II e III.

¹⁴ Cfr. C. Cost., sentenza n. 187/2012, red. Cassese, secondo cui: *“La disciplina in materia di ticket, determinando il costo per gli assistiti dei relativi servizi sanitari, non costituisce solo un principio di coordinamento della finanza pubblica diretto al contenimento della spesa sanitaria, ma incide anche sulla quantità e sulla qualità delle prestazioni garantite, e, quindi, sui livelli essenziali di assistenza. La misura della compartecipazione deve essere omogenea su tutto il territorio nazionale, giacché non sarebbe ammissibile che l'offerta concreta di una prestazione sanitaria rientrante nei L.E.A. si presenti in modo diverso nelle varie Regioni”*. Sulla sentenza in argomento, si tornerà più avanti, sub **nota n. 35**.

¹⁵ Sui L.E.A., cfr., più diffusamente, *infra*, sub paragrafi II e III.

contenimento e alla razionalizzazione dei costi e quindi alla costante riduzione del debito e del disavanzo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 2/4/2015, n. 1740).

Nel medesimo ordine di idee di cui sopra, è stato, altresì, rilevato che l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute e, in particolare, nell'ambito della gestione del servizio sanitario¹⁶, può, legittimamente, incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa (cfr. sent. n. 193/2007, red. De Siervo; sentenza n. 91/2012, red. Tesaurò; sentenza n. 51/2013, red. Carosi; sentenze nn. 267/1998 e 252/2001, n. 218/1994, n. 247/1992, n. 455/1990, nonché n. 432/2005). Ed infatti: *“Il legislatore statale può legittimamente imporre alle Regioni vincoli alle politiche di bilancio, anche se questi ultimi, indirettamente, vengono ad incidere sull'autonomia regionale di spesa, per ragioni di coordinamento finanziario volte a salvaguardare, proprio attraverso il contenimento della spesa corrente, l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari”* (Corte Cost., n. 237/2009, red. Quaranta)¹⁷.

In relazione alle specificità del caso di specie che si verrà ad analizzare¹⁸, si deve anche tenere presente l'orientamento della nostra Consulta di cui alla sentenza n. 104/2013 (red. Coraggio), nella quale è stata considerata incostituzionale l'integrazione, da parte delle Regioni, dei livelli essenziali (“L.E.A.”) definiti dallo Stato, ove le Regioni medesime siano sottoposte ai piani di rientro¹⁹. E', in

¹⁶ Ai sensi dell'art. 117, c. 3, Cost.: *“Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a ... tutela della salute”*.

Sulla ripartizione delle competenze, legislative ed amministrative, tra lo Stato e le Regioni, alla luce della riforma costituzionale di cui alla legge n. 3/2001, si tornerà *infra, sub* paragrafo II.

¹⁷ La sentenza prosegue chiarendo, altresì, che: *“Il legislatore, tuttavia, può stabilire solo un limite complessivo che lasci agli enti stessi ampia libertà di allocazione delle risorse tra i diversi ambiti e obiettivi di spesa. Qualora la legge statale, invece, vincoli Regioni e Province autonome all'adozione di misure analitiche e di dettaglio, essa verrebbe a comprimere illegittimamente la loro autonomia finanziaria, esorbitando dal compito di formulare i soli principi fondamentali della materia”*.

¹⁸ Cfr. *infra, sub* paragrafi III e IV.

¹⁹ Segnatamente, si legge in tale sentenza: *“E' costituzionalmente illegittimo l'art. 3, della legge della Regione Abruzzo 17 luglio 2012, n. 33, che prevede la corresponsione, in favore dei cittadini affetti da patologie oncologiche, di rimborsi con relativa assunzione di oneri aggiuntivi a carico del bilancio regionale, poiché disponendo l'assunzione a carico del bilancio regionale di oneri aggiuntivi per garantire un livello di assistenza supplementare in contrasto con gli obiettivi di risanamento del Piano di rientro dal disavanzo sanitario previamente concordato tra lo Stato e la Regione interessata, viola il principio di contenimento della spesa pubblica sanitaria, quale principio di coordinamento della finanza pubblica (art. 117, c. 3, Cost.) e inoltre, poiché introducendo un livello di assistenza aggiuntivo non contemplato nel Piano di rientro, interferisce con le funzioni e le attività del Commissario ad Acta, nella specie nominato dal Governo (ai sensi dell'art. 4, c. 2, del decreto legge n. 159 del 2007, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 222 del 2007), con violazione dell'art. 120, c. 2, Cost. - Sul contenimento dei disavanzi sanitari, v. citate sentenze nn. 91/2012 e 193/2007. - In tema di equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari, v. citate sentenze nn. 91/2012, 163/2011 e 52/2010. - Sulla illegittimità costituzionale di norme regionali istitutive di misure di assistenza supplementare “in contrasto con l'obiettivo*

tal modo, stabilita la preminenza delle ragioni di finanza pubblica sulle altre variabili riguardanti le opzioni politiche²⁰.

Ebbene, ferme restando tutte le considerazioni ed i ragionamenti sin qui articolati, si deve, però, contemporaneamente, osservare che la scarsità delle risorse in bilancio ed il rispetto dei vincoli finanziari (anche *sub specie* di necessario coordinamento dell'intera finanza pubblica²¹), non possono tradursi, nei vari ambiti regionali, in prestazioni di trattamenti sanitari (o socio-sanitari) a costi talmente elevati per gli utenti (in termini di partecipazione tariffaria), da indurre i medesimi a rinunciare alle cure²².

Ed invero, a tale ultimo riguardo, merita ricordare l'orientamento generale della nostra Consulta, secondo cui le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore (da intendersi, evidentemente, anche quale legislatore regionale), un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana (cfr. C. Cost., sentenza n. 354/2008, red. Amirante)²³.

dichiarato del Piano di rientro di riequilibrare il profilo erogativo dei livelli essenziali di assistenza", *v. citata sentenza n. 32/2012, ovvero istitutive di uffici al di fuori delle previsioni del Piano di rientro, v. citata sentenza n. 131/2012, o ancora di disposizioni regionali "in controtendenza rispetto all'obiettivo del contenimento della spesa sanitaria regionale", v. citata sentenza n. 123/2011. - Sulla interferenza di norme regionali sulle funzioni amministrative del Commissario, v. citate sentenze nn. 28/2013, 131/2012, 32/2012, 78/2011 e 2/2010*".

In adesione al precedente della Consulta n. 104/2013, cit., cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 6/2/2015, n. 604 (ripresa, in sede di conclusioni, *sub* paragrafo V).

²⁰ Così GIGLIONI, *La riduzione dei livelli essenziali di assistenza secondo appropriatezza da parte delle Regioni*, op. cit., 530-531.

²¹ Come noto, la materia del "coordinamento della finanza pubblica" rientra nella competenza legislativa concorrente Stato/Regioni, ai sensi dell'art. 117, c. 3, Cost..

Può essere utile ricordare che rientra, ugualmente, nella competenza legislativa concorrente Stato/Regioni, la materia inerente alla "tutela della salute", mentre lo Stato ha competenza legislativa esclusiva per quanto attiene alla definizione dei livelli essenziali di assistenza ("L.E.A."), con conseguente garanzia del *minimum intangibile* delle prestazioni sanitarie (cfr. art. 117, c. 2, lett. "m", Cost.).

Le materie del coordinamento della finanza pubblica e della tutela della salute presentano, spesso, profili di commistione. A tale riguardo, si consideri che, ad es., la disciplina dei piani di rientro dai *deficit* sanitari (sui quali, cfr. quanto *infra* dedotto, *sub* paragrafo V) è stata considerata riconducibile ad entrambi gli ambiti di potestà legislativa concorrente di cui sopra (cfr. Corte Cost., sentenze n. 278/2014, red. Mattarella; n. 163/2011, red. Tesaurò e n. 193/2007, red. De Siervo).

²² Cfr. *infra*, *sub* paragrafo IV.

²³ Nel "nucleo irriducibile" di tutela della salute quale diritto della persona si iscrive, secondo la Corte Costituzionale, "il diritto dei cittadini in disagiate condizioni economiche (indigenti secondo la terminologia dell'art. 32 Cost.) a che siano loro assicurate cure gratuite" e, pur nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, "non può essere ignorata la posizione delle persone a favore delle quali la garanzia costituzionale è posta dall'art. 32 con il massimo di coerenza" (sentenza n. 309/1999, in tema di assistenza sanitaria a favore di cittadini che si trovino all'estero per motivi diversi dal lavoro o dalla fruizione di borse di studio). Analogamente l'esenzione generale dalla partecipazione alla spesa sanitaria disposta in favore dei pensionati di vecchiaia che abbiano redditi inferiori a determinati livelli è stata ritenuta "attuazione del contenuto minimo essenziale del diritto alla tutela della salute, garantito dall'art. 32 Cost.: il quale impone che la salute abbia una protezione piena, esaustiva ed effettiva" (cfr. Corte Cost., sentenza n. 184/1993, red. Spagnoli).

Sul punto in esame, cfr., altresì, le sentenze Consulta n. 267/1998, n. 309/1999 (già cit.), n. 509/2000, n. 252/2001, n. 233/2003, e n. 432/2005²⁴.

I concetti da ultimo articolati nel presente primo paragrafo introduttivo si riveleranno di grande utilità ai fini dell'esame della concreta problematica per cui è l'odierno saggio²⁵. Su di essi si tornerà nella sede conclusiva della presente esposizione²⁶.

2. Inquadramento della problematica relativa agli oneri di compartecipazione degli utenti ai costi relativi alle prestazioni di integrazione socio-sanitaria, con riflessioni sui "L.E.A.", in generale e sulla normativa in materia di I.S.E.E. (rilevante ai fini della soglia di accesso alle prestazioni).

Riprendendo gli spunti di riflessione sviluppati in chiusura del precedente paragrafo I., si evidenzia che lo scopo specifico del presente saggio è di illustrare alcuni aspetti problematici insiti nella regolamentazione della partecipazione tariffaria degli utenti (al netto della quota posta a carico dei Comuni e parzialmente finanziata dai contributi regionali²⁷) alla spesa pubblica per i ricoveri nelle residenze sanitarie assistenziali ("R.S.A.")²⁸ ovvero per le attività riabilitative, prestazioni,

²⁴ Le sentenze Consulta n. 252/2001 (red. Contri) e n. 432/2005 (red. Flick) si segnalano anche perché hanno chiarito che il godimento dei diritti inviolabili dell'uomo non tolleri discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero. In particolare nelle segnalate pronunce è stato riconosciuto che il diritto ai trattamenti sanitari (necessari per la tutela della salute), nella sua componente di irriducibilità, «*deve ... essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso*», poiché «*lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili ed urgenti [...] trattandosi di un diritto fondamentale della persona*». Per la diversa prospettiva assunta dal nostro legislatore nel regolamentare il fenomeno dell'immigrazione e, quindi, dell'accesso e/o della permanenza degli stranieri nel territorio della Repubblica, cfr. le disposizioni dettate dal D. Lgs. n. 286/1998, recante il "*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*", ponendo particolare attenzione a quelle dedicate alle fattispecie incriminatrici (cfr. ad es., art. 6, c. 3, del citato D. Lgs. n. 286/1998).

²⁵ Cfr. *infra sub* paragrafi III e IV.

²⁶ Cfr. *infra sub* paragrafo V.

²⁷ I contributi regionali di cui al testo sono erogati proporzionalmente alle spese effettivamente sostenute e rendicontate dai Comuni (cfr. art. 2, c. 88 *ter*, della legge regionale del Lazio n. 7/2014, nel testo introdotto dall'art. 6, c. 1, lettera "b", della legge regionale del Lazio n. 12/2016).

²⁸ Le residenze sanitarie assistenziali ("R.S.A.") sono state originariamente introdotte dall'art. 20 della legge n. 67/1988, "*per anziani e soggetti non autosufficienti*".

Secondo la definizione datane dal D.P.C.M. del 22/12/1989 (emanato sulla base del citato art. 20, c. 2, lettera "f", della legge n. 67/1988), *sub* "Allegato A": "*Si definisce residenza sanitaria assistenziale una struttura extra-ospedaliera finalizzata a fornire accogliimento, prestazioni sanitarie, assistenziali e di recupero a persone anziane prevalentemente non autosufficienti*".

Nell'ambito della Regione Lazio (che sarà particolarmente presa in esame ai fini della presente esposizione, come già accennato), occorre prendere in considerazione, a livello definitorio, l'art. 2 della legge regionale n. 41/1993 (abrogata dalla successiva legge regionale n. 4/2003), secondo cui "*Le residenze sanitarie sono strutture sanitarie residenziali, gestite da soggetti pubblici o privati ..., finalizzate a fornire ospitalità [e, quindi, prestazioni di tipo alberghiero, n.d.r.], prestazioni sanitarie, assistenziali e di recupero funzionale e di inserimento sociale nonché di prevenzione dell'aggravamento*

entrambe, rientranti nei livelli essenziali di assistenza (c.d. “L.E.A.”) e, specificatamente, in quelli relativi all'area della c.d. “*integrazione socio-sanitaria*”, secondo quanto previsto dall'allegato 1 al D.P.C.M. 29/11/2001²⁹.

Ed invero, come si avrà occasione di illustrare in prosieguo³⁰, in varie Regioni italiane, è stato registrato un **calo** nella domanda delle prestazioni di cui sopra, con particolare riferimento ai ricoveri nelle R.S.A. (ove gli utenti ricevono prestazioni rilevanti sia dal punto di vista sanitario che socio-assistenziale). Il dato in esame può essere letto come indice della rinuncia ai trattamenti da parte degli utenti medesimi, a motivo (evidentemente) degli insufficienti contributi pubblici alla spesa socio – sanitaria.

Ebbene, al fine di meglio intendere il dato di cui sopra (sulla rinuncia ai trattamenti), può essere utile ricordare, in relazione alle prestazioni erogate in regime di ricovero nelle R.S.A. in favore delle persone non autosufficienti, che – e qui è il punto – “*Non meno importante è anche una stretta connessione funzionale tra la RSA e l'ospedale di riferimento: in particolare, la collaborazione tra gli operatori delle due strutture facilita sia il lavoro all'inferno dei due servizi sia la dimissione programmata, con ripercussioni favorevoli anche sulla riduzione dei ricoveri ospedalieri impropri*”

del danno funzionale per patologie croniche nei confronti di persone non autosufficienti, quali anziani, disabili, anche mentali, non assimilabili a domicilio e che non necessitano di ricovero in strutture di tipo ospedaliero o nei centri di riabilitazione di cui all'art. 26 della legge 23/12/1978, n. 833”.

Attualmente, le R.S.A. sono regolate, sia per i profili inerenti all'autorizzazione all'attività, che per quelli relativi all'accreditamento istituzionale, dal D. Lgs. n. 502/1992 (cfr., in particolare, gli artt. 8 *bis*, 8 *quater*, 8 *quinquies* e 19). In ambito regionale, si deve, inoltre, avere riguardo alla (già citata) legge regionale del Lazio n. 41/2003 (e successive modifiche ed integrazioni).

Con specifico riguardo alla normativa introdotta in forza dei citati artt. 8 *bis*, 8 *quater* e 8 *quinquies* del D. Lgs. n. 502/1992 (per come formulati dall'art. 8, c. 4, del D. Lgs. n. 229/1999), è stato rilevato che, con essa, è stata data la stura, in Italia, alla c.d. “*esternalizzazione dei servizi sanitari*”, giusta previsione (accanto a quella pubblica) dell'offerta privata di prestazioni sanitarie, tramite le strutture all'uopo accreditate (cfr., in Dottrina, CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Giuffrè editore, Milano, 2012, 147 ss.; LUCIANI, *I livelli sanitari delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in CATELANI – CERRINA FERONI – GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione – Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, 14-15).

Per il principio di libera concorrenzialità fra le strutture pubbliche e quelle private, cfr. C. Cost., sentenza del 26/5/2005, n. 200, sui cui CORSO e LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2006, 288, nota n. 64.

Può essere utile ricordare che, in generale, l'attività delle strutture sanitarie private accreditate (fra cui, appunto, le R.S.A.) è regolata dai principi dettati dagli artt. 23, 41, 4 e 36 della Costituzione (riserva di legge relativa a prestazioni personali e patrimoniali imposte, redditività dell'iniziativa e del lavoro in tutte le sue espressioni). Per il principio di libera concorrenzialità fra le strutture pubbliche e quelle private, cfr. C. Cost., sentenza del 26/5/2005, n. 200, sui cui CORSO e LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2006, 288, nota n. 64.

²⁹ Temi di indagine sui quali sono state già articolate considerazioni introduttive *sub* paragrafo I.

³⁰ Cfr. *infra*, *sub* paragrafo IV.

e della durata delle degenze”³¹. Ai fini della presente analisi, in effetti, le R.S.A. vengono prese in considerazione in relazione allo specifico scopo di *“contrastare il ricorso improprio alla ospedalizzazione”* (per la Regione Lazio, cfr., ad es., l’art. 1, c. 2, della legge regionale n. 41/1993³²).

Sulle attività riabilitative, sopra pure accennate (accanto ai ricoveri nelle R.S.A. e sempre nell’ambito dei “L.E.A.”), giova precisare che esse trovano il proprio referente normativo nell’art. 26 della (già citata) legge n. 833/1978³³.

Secondo il dato normativo, le prestazioni in esame dovrebbero essere garantite in modo *“uniforme”* sull’intero territorio nazionale³⁴. Ed invero, ai sensi dell’art. 1, c. 2 e c. 3, del D. Lgs. n. 502/1992, come noto: *“Il Servizio sanitario nazionale assicura ... i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona umana ... [e] ... dell'equità nell'accesso all'assistenza ... L'individuazione dei livelli essenziali e uniformi”*³⁵ di

³¹ Cfr. la lettera del 31/3/1994, a firma dell’allora Ministro della Sanità *pro tempore* (On. Maria Pia Garavaglia), di trasmissione, agli assessori alla sanità delle varie Regioni e Province autonome, delle linee guida recanti *“Indirizzi sugli aspetti organizzativi e gestionali delle residenze sanitarie assistenziali”*.

³² La disposizione regionale in argomento, dalla indubbia utilità sul piano definitorio, è stata abrogata (come già accennato alla [nota n. 28](#)), dalla successiva legge regionale n. 4/2003.

Ai fini della presente esposizione, occorre, invero, tenere presente (sempre ai fini di un migliore inquadramento generale delle problematiche che ci occupano in questa sede) anche un’altra disposizione dell’appena citata legge regionale n. 41/1993 e, segnatamente, l’art. 11, c. 2, secondo cui: *“Gravano sul fondo sanitario regionale esclusivamente gli oneri relativi alle prestazioni di carattere sanitario. Gli oneri relativi alle prestazioni di natura alberghiera e socio-assistenziale sono a carico dell’utente, fatta salva la partecipazione alla relativa spesa da parte del Comune di residenza, in tutto o in parte, in rapporto al reddito dell’utente stesso e dell’eventuale onere derivante da familiari a carico”*.

³³ In particolare, ai sensi del c. 1 del citato art. 26 (*“Prestazioni di riabilitazione”*) della legge n. 833/1978: *“Le prestazioni sanitarie dirette al recupero funzionale e sociale dei soggetti affetti da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, dipendenti da qualunque causa, sono erogate dalle unità sanitarie locali attraverso i propri servizi. L’unità sanitaria locale, quando non sia in grado di fornire il servizio direttamente, vi provvede mediante convenzioni con istituti esistenti nella Regione in cui abita l’utente o anche in altre Regioni, aventi requisiti indicati dalla legge, stipulate in conformità ad uno schema tipo approvato dal Ministro della sanità, sentito il Consiglio sanitario nazionale”*.

In relazione alla esegesi della norma di cui sopra, può essere opportuno almeno accennare al fatto che, secondo Cons. Giust. Amm., 6/9/2010, n. 1130 (in *Ragiusan*, 2011, 329-330, 186): *“Dal combinato disposto degli artt. 26 e 43 della legge n. 833/1978, emerge con chiarezza che il legislatore non solo ha inteso consentire agli istituti privati che garantiscono prestazioni riabilitative in favore dei minorati fisici, psichici e mentali, di stipulare convenzioni con le aziende sanitarie locali, competenti per territorio in relazione al luogo in cui le stesse hanno la sede, ma ha anche ritenuto di estendere la validità e l’efficacia di tali convenzioni alle altre aziende sanitarie locali del territorio nazionale”*.

³⁴ Se non che, come si vedrà, nel caso di specie, è evidenziabile (tra le altre, anche) la criticità inerente proprio alla mancanza di uniformità nell’accesso alle prestazioni da Regione a Regione. Il profilo sarà affrontato più diffusamente *infra*, sub paragrafi III e IV.

³⁵ Cfr. Corte Cost., n. 187/2012 (resa in tema di *ticket* e già esaminata alla [nota n. 14](#)), ove si legge che l’uniformità dei criteri di accesso deve essere considerata come parte dei livelli essenziali (“L.E.A.”), venendo, in tal modo, stabilito un concreto limite alla discrezionalità delle Regioni, nell’ambito della competenza concorrente delineata dall’art. 117, c. 2, lettera “m”, Cost..

L’illustre precedente in esame ha, invero, più specificatamente, chiarito che le misure di compartecipazione ai costi (nel caso di specie, inerenti all’assistenza farmaceutica), oltre ad attenere (come detto) ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (con determinazione riservata alla potestà legislativa esclusiva

assistenza assicurati dal Servizio sanitario nazionale, per il periodo di validità del Piano sanitario nazionale, è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico finanziaria. Le prestazioni sanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza sono garantite dal Servizio sanitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità previste dalla legislazione vigente”.

Vertendo (come accennato) sia le prestazioni socio-sanitarie erogate in regime di ricovero nelle R.S.A. che quelle riabilitative sui L.E.A., agli scopi dell'odierna analisi è di imprescindibile importanza l'esame del (già citato) D.P.C.M. 29/11/2001 (adottato sulla scorta dell'art. 6, c. 1, secondo periodo, del decreto legge n. 347/2001, convertito dalla legge n. 405/2001³⁶), con il quale sono state individuate tutte le specifiche prestazioni che il S.S.N. è tenuto a fornire ai cittadini gratuitamente (nei limiti delle risorse disponibili) ovvero con quota di partecipazione da parte dell'utente³⁷.

Ed infatti, ai sensi dell'art. 1 del citato D.P.C.M. 29/11/2001: *“Il presente decreto definisce, ai sensi dell'art. 1 del D. Lgs. 30/12/1992, n. 502, e successive modificazioni e integrazioni, e dell'art. 6 del decreto legge 18/9/2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16/11/2001, n. 405, e conformemente agli Accordi fra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sanciti dalla Conferenza permanente per il rapporti fra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano in data 8/8/2001 e 22/11/2001, i livelli essenziali di assistenza sanitaria di cui agli allegati 1, 2, 3 e 3.1 che costituiscono parte integrante del presente decreto e alle linee guida di cui all'allegato 4”*³⁸.

E' opportuno ricordare, sotto altro profilo, che, nell'ambito del sistema di riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di *“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”* (cfr. art. 117, c. 2,

statale, ai sensi del citato art. 117, c. 2, lett. “m”, Cost.), riguardano anche il coordinamento della finanza pubblica e la tutela della salute (oggetto della potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni ex art. 117, c. 3, Cost., secondo quanto già accennato alle [note n. 16](#) e [n. 21](#)).

³⁶ Segnatamente, ai sensi dell'art. 6, c. 1, del decreto legge n. 347/2001: *“Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro il 30 novembre, su proposta del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono definiti i livelli essenziali di assistenza, ai sensi dell'art. 1 del D. Lgs. 30/12/1992, n. 502, e successive modificazioni”.*

³⁷ Cfr. l'art. 1, c. 3, del D. Lgs. n. 502/1992, già citato sub [nota n. 9](#).

³⁸ I L.E.A. riconosciuti nel D.P.C.M. 29/11/2001 sono stati, successivamente, aggiornati con i D.P.C.M. del 28/11/2003 e del 23/4/2008.

lettera “m”, Cost., per come riformulato dalla legge costituzionale n. 3/2001 del 18/10/2001³⁹), dovendo la definizione dei livelli essenziali di assistenza rivestire (necessariamente) la forma dell’atto legislativo (così Consiglio di Stato, Sez. IV, 4/2/2004, n. 398⁴⁰), e non anche quella dell’atto regolamentare⁴¹ (*ibidem*), le prestazioni individuate all’allegato 1 del D.P.C.M. del 29/11/2001 (da garantirsi sull’intero territorio nazionale *sub specie* di “L.E.A.”) sono state integralmente confermate e recepite (con l’efficacia e la forza della norma di legge ordinaria) dall’art. 54 della legge n. 289/2002⁴².

D’altro canto, nell’ambito del contesto sopra ricostruito, le Regioni ricoprono un ruolo indefettibile per l’attuazione dei livelli essenziali⁴³, compatibilmente con il perseguimento dell’obiettivo di

³⁹ Per interessanti riflessioni sul nuovo sistema di riparto di competenze tra Stato e Regioni ai sensi dell’art. 117, c. 2, lettera “m”, Cost., nel testo *post* riforma di cui alla citata legge costituzionale n. 3/2001, cfr. TUBERTINI, *I livelli essenziali di assistenza sanitaria e l’effettività del diritto alla salute*, commento a Consiglio di Stato, Sez. V, 13/12/2005, n. 7085, *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2006, 508 e ss..

⁴⁰ La sentenza è stata commentata da GIGLIONI, *Le procedure di determinazione dei livelli essenziali di assistenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 1103 ss..

Per gli aspetti di maggiore significatività, la sentenza n. 398/2004 del Consiglio di Stato ha anche avuto il pregio di chiarire che: “*In materia di organizzazione degli strumenti di tutela della salute, l’art. 117 c. 2 e c. 3, Cost., dispone una suddivisione dei compiti legislativi (ed amministrativi) tra lo Stato e le Regioni, nel senso che al primo è attribuita quella competenza che garantisce il valore della solidarietà e dell’uguaglianza generali, con l’indicazione dei livelli minimi di prestazione sociale, e alle seconde la competenza concorrente sull’organizzazione dei servizi, sulla scorta dei principi fondamentali fissati dalla legislazione statale*”, con l’ulteriore considerazione per cui: “*Alla luce del nuovo titolo V, parte seconda, della Costituzione, lo Stato può adottare regolamenti nelle materie nelle quali conservi la legislazione esclusiva (art. 117, c. 6, Cost.), salva la possibilità di delega alle Regioni, compresa dunque la materia attinente alla definizione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria*”.

⁴¹ Sempre Consiglio di Stato, n. 398/2004, cit., ha chiarito che “*Il D.P.C.M. 29/11/2001 ... è un atto a contenuto generale e di indirizzo e, come tale, non soggiace né all’obbligo di motivazione, ex art. 3, c. 2, della legge 7/8/1990 n. 241, né alle formalità partecipative del procedimento amministrativo ... [scil: essendo, n.d.r.] espressione del potere para-regolamentare dell’esecutivo, caratterizzato da un’amplessima discrezionalità (non meramente amministrativa, ma anche tecnica), finalizzato alla concreta tutela degli interessi pubblici (con particolare riguardo al controllo della spesa pubblica in materia sanitaria)*”.

Sulla legittimità del D.P.C.M. 29/11/2001 (oltre a Consiglio di Stato, n. 398/2004, cit.) si sono pronunciati: Consiglio di Stato, Sez. IV, 15/6/2004 n. 3983 e Consiglio di Stato, Sez. IV, 3/11/2004 n. 7196. Cfr., inoltre, Corte Costituzionale, sentenza n. 88/2003, nella quale è stato risolto, in senso positivo, il dubbio relativo alla compatibilità della disciplina dei livelli essenziali di assistenza sanitaria dettata dal D.P.C.M. 29/11/2001 con le previsioni del “nuovo” art. 117, c. 2, lett. “m”, Cost., nel testo introdotto a seguito della novella legislativa costituzionale n. 3/2001.

⁴² Segnatamente, sulla base dell’art. 54, c. 1 e c. 2, della legge n. 289/2002, è stato disposto che: “*Dal 1°/1/2001 sono confermati i livelli essenziali di assistenza previsti dall’art. 1, c. 6, del D. Lgs. 30/12/1992, n. 502, e successive modificazioni. Le prestazioni riconducibili ai suddetti livelli di assistenza e garantite dal Servizio sanitario nazionale sono quelle individuate all’allegato 1 del D.P.C.M. 29/11/2001 ..., con decorrenza dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto*”.

⁴³ Così MOLASCHI, *Le disuguaglianze sostenibili nella sanità*, CAPUTI JAMBRENGHI e AA. (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006, 35.

equilibrio economico-finanziario delle Regioni medesime, delle loro aziende sanitarie e degli altri enti che partecipano al servizio sanitario regionale (“S.S.R.”) (cfr. l’art. 1, c. 169 e c. 173, della legge n. 311/2004⁴⁴ e decreto del Ministero della Salute 2/4/2015, n. 70)⁴⁵, nonché, più in generale, compatibilmente con il rispetto dei vari vincoli finanziari previsti dalla normativa vigente (cfr., ad es., l’art. 32, c. 8, della legge n. 449/1997⁴⁶)⁴⁷.

Precisato quanto sopra, occorre ricordare che, come in parte già accennato, ai fini della presente esposizione, rilevano particolarmente i “L.E.A.” inerenti all’area della c.d. “*integrazione socio-sanitaria*”, per come definita dell’art. 3 *septies*, c. 1, del D. Lgs. n. 502/1992.

Ed invero, ai sensi della norma da ultimo citata (inserita dall’art. 3, c. 3, del D. Lgs. n. 229/1999): “*Si definiscono prestazioni sociosanitarie tutte le attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione*”.

Ai fini di un eventuale approfondimento sulla tematica dei L.E.A., cfr. GIGLIONI, *La riduzione dei livelli essenziali di assistenza secondo appropriatezza da parte delle Regioni*, commento a Consiglio di Stato, Sez. III, 6/2/2015, n. 604, *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2015, 529 e ss..

⁴⁴ Per un commento su tale normativa, cfr. GIGLIONI, *La riduzione dei livelli essenziali di assistenza secondo appropriatezza da parte delle Regioni*, op. cit., 531 e ss..

⁴⁵ Recante il “*Regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all’assistenza ospedaliera*”.

⁴⁶ Segnatamente, secondo tale norma: “*Le Regioni, in attuazione della programmazione sanitaria ed in coerenza con gli indici di cui all’art. 2, c. 5, della legge 28/12/1995, n. 549, e successive modificazioni, individuano preventivamente per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, ivi compresi i presidi ospedalieri di cui al comma 7, o per gruppi di istituzioni sanitarie, i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il Fondo sanitario e i preventivi annuali delle prestazioni, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione di cui all’art. 1, comma 32, della legge 23/12/1996, n. 662*”.

In giurisprudenza, è stato ritenuto che: “*Ai sensi dell’art. 32, c. 8, della legge 27/12/1997, n. 449, la fissazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario ... spetta ad un atto autoritativo e vincolante di programmazione regionale, e non già ad una fase concordata e convenzionale*” (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 12/4/2012, n. 3, con commento di PROIETTI, *Tetti di spesa sanitaria e contenimento con le esigenze di assistenza*, *Quotidiano giuridico*, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, 7/6/2012).

⁴⁷ Può essere utile ricordare che, da ultimo, la legge n. 208/2015 (legge di stabilità 2016), in forza dei commi 553-563, ha dettato disposizioni in materia di aggiornamento dei L.E.A., nonché del livello del finanziamento del fabbisogno sanitario nazionale *standard* per l’anno 2016. A tale riguardo, cfr. lo schema di d.P.C.M., attuativo delle disposizioni della legge di stabilità 2016 in tema di aggiornamento dei L.E.A., inviato alle Regioni il 4/8/2016.

La Conferenza Stato-Regioni-Province autonome ha approvato i nuovi L.E.A. in occasione della riunione del 7/9/2016, siglando, in tal modo, l’intesa prevista dall’art.1, c. 553-559, della legge n. 208/2015 (cfr. anche l’art. 54 della legge n. 289/2002). Il provvedimento di aggiornamento dei L.E.A. così approvato in sede di Conferenza Stato-Regioni dovrà ricevere il parere delle competenti Commissioni parlamentari, in conformità a quanto previsto dall’art. 1, c. 554, della medesima legge n. 208/2015.

In Dottrina, per un interessante commento alle varie misure della legge di stabilità 2016 collegate con i profili di rilevanza sanitaria, cfr. CONTICELLI, *La salute: misure per l’efficienza e la produttività*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2016, 198-206.

Ebbene, nell'ambito delle prestazioni "*socio-sanitarie*"⁴⁸, per esigenze di completezza espositiva, giova rammentare la distinzione generale tra:

- (i) le "*prestazioni sanitarie a rilevanza sociale*", coincidenti con "*le prestazioni assistenziali che, erogate contestualmente ad adeguati interventi sociali, sono finalizzate alla promozione della salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento di esiti degenerativi o invalidanti di patologie congenite o acquisite, contribuendo, tenuto conto delle componenti ambientali, alla partecipazione alla vita sociale e alla espressione personale. Dette prestazioni, di competenza delle aziende unità sanitarie locali ed a carico delle stesse, sono inserite in progetti personalizzati di durata medio/lunga e sono erogate in regime ambulatoriale, domiciliare o nell'ambito di strutture residenziali e semiresidenziali*" (cfr. art. 3, c. 1, del D.P.C.M. 14/2/2001⁴⁹; nello stesso senso cfr. art. 3 *septies*, c. 2, lett. "a", del D. Lgs. n. 502/1992);
- (ii) le "*prestazioni sociali a rilevanza sanitaria*", consistenti in "*tutte le attività del sistema sociale che hanno l'obiettivo di supportare la persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute.*" (cfr. art. 3, c. 2, del citato D.P.C.M. 14/2/2001, nonché, in termini, l'art. 3 *septies*, c. 2, lett. "b", del D. Lgs. n. 502/1992);
- (iii) le prestazioni ad "*ad elevata integrazione sanitaria*", aventi ad oggetto "*tutte le prestazioni caratterizzate da particolare rilevanza terapeutica e intensità della componente sanitaria, le quali attengono prevalentemente alle aree materno-infantile, anziani, handicap, patologie psichiatriche e dipendenze da droga, alcool e farmaci, patologie per infezioni da H.I.V. e patologie terminali, inabilità o disabilità conseguenti a patologie cronico-degenerative*"(cfr. art. 3, c. 3, del citato D.P.C.M. 14/2/2001e, nello stesso senso, cfr. art. 3 *septies*, c. 4, del D. Lgs. n. 502/1992).

E', altresì, opportuno ricordare che, la puntuale individuazione normativa delle varie tipologie di prestazioni "*socio-sanitarie*" (nei termini sopra evidenziati) è avvenuta sulla base della previsione dell'art. 2, c. 1, lett. "n", della legge n. 419/1998, con la quale il Governo (sulla scorta del sopra

⁴⁸ Per interessanti pronunce in materia di prestazioni socio-sanitarie, cfr. T.A.R. Molise – Campobasso, Sez. I, 14/5/2015, nn. 207, 208, 209 e 210.

Cfr., altresì, Cons. di Stato, Sez. V, 19/11/2009, n. 7237.

⁴⁹ Su tale fonte normativa, si ritornerà *infra*, sempre nel presente paragrafo II.

citato art. 3 *septies* del D. Lgs. n. 502/1992) è stato delegato a “prevedere tempi, modalità e aree di attività per pervenire ad una effettiva integrazione a livello distrettuale dei servizi sanitari con quelli sociali, disciplinando altresì la partecipazione dei Comuni alle spese connesse alle prestazioni sociali; stabilire principi e criteri per l'adozione ... di un atto di indirizzo e coordinamento ... che assicuri livelli uniformi delle prestazioni socio-sanitarie ad alta integrazione sanitaria, anche in attuazione del Piano sanitario nazionale”.

Ed invero, è proprio in conformità all'art. 2, c. 1, lett. “n”, della legge n. 419/1998 (da ultimo menzionato), che è stato emanato il sopra citato D.P.C.M. del 14/2/2001, in forza del quale, previa ratifica degli accordi Stato-Regioni intervenuti *in subiecta materia*⁵⁰, sono stati definiti, specificatamente, i L.E.A. in ambito socio sanitario, con definizione delle competenze delle amministrazioni coinvolte (S.S.R. e Comuni), delle aree di riferimento, delle prestazioni-funzioni ad essi riconducibili, nonché, infine, dei criteri di finanziamento e di attribuzione della spesa.

A tale riguardo, più precisamente, con riferimento all'individuazione dei soggetti finanziatori tenuti a sostenere le spese per le prestazioni socio-sanitarie che ci occupano odiernamente, vertendo l'assistenza socio-sanitaria sul complesso di attività rivolte alle persone che presentino bisogni di salute richiedenti prestazioni (integrate) sanitarie ed azioni di protezione sociale, il D.P.C.M. del 14/2/2001 ha individuato la componente **sociale** delle predette prestazioni, ponendola a carico dei Comuni⁵¹. Ed invero, la predetta fonte normativa (regolamentare) ha stabilito che le prestazioni sociali a rilevanza sanitaria “di competenza dei Comuni, sono prestate con **partecipazione alla spesa, da parte dei cittadini, stabilita dai Comuni stessi**” (cfr. art. 3, c. 2, del D.P.C.M. 14/2/2001, in conformità a quanto previsto dall'art. 3 *septies*, c. 2, lett. “b”, del D. Lgs. n. 502/1992)⁵².

Per converso, la componente (più propriamente) **sanitaria** delle prestazioni di integrazione socio – sanitaria che ci interessano nella presente sede è a carico del sistema sanitario (nell'ambito dei L.E.A.)⁵³. Ed invero, il nostro legislatore statale ha, sul punto, statuito che: “La Regione determina ... il finanziamento per le prestazioni **sanitarie** a rilevanza sociale, sulla base di quote capitarie

⁵⁰ Cfr. accordi del 3/8/2000, del 22/3/2001 e del 8/8/2001.

⁵¹ Con particolare riguardo alle attività prestate in regime residenziale o semiresidenziale ovvero agli interventi praticati ed alle procedure applicate, presso le strutture accreditate, in favore di soggetti non autosufficienti, in condizioni di cronicità e/o con stabilizzazione relativa delle condizioni cliniche.

⁵² Nello specifico, i Comuni “provvedono al loro finanziamento negli ambiti previsti dalla legge regionale ai sensi dell'art. 3, c. 2, del D. Lgs. 31/3/1998, n. 112” (cfr. art. 3 *septies*, c. 6, primo periodo del D. Lgs. n. 502/1992, inseriti dall'art. 3, c. 3, del D. Lgs. n. 229/1999).

⁵³ Può essere utile ricordare che, ai sensi dell'art. 2 del D.P.C.M. 14/2/2001: “L'assistenza socio-sanitaria viene prestata alle persone che presentano bisogni di salute che richiedono prestazioni sanitarie ed azioni di protezione sociale, anche di lungo periodo”.

correlate ai livelli essenziali di assistenza” (cfr. art. 3 *septies*, c. 6, secondo periodo del D. Lgs. n. 502/1992, inseriti dall'art. 3, c. 3, del D. Lgs. n. 229/1999). Nello stesso senso, con riferimento alle prestazioni ad elevata integrazione sanitaria, è stato previsto che: *“Sono assicurate dalle aziende sanitarie e comprese nei livelli essenziali di assistenza sanitaria”* (cfr. art. 3 *septies*, c. 5 del D. Lgs. n. 502/1992, inseriti dall'art. 3, c. 3, del D. Lgs. n. 229/1999), con l’ulteriore specificazione per cui, stando al D.P.C.M. 14/2/2001, *“Dette prestazioni a elevata integrazione sanitaria sono erogate dalle aziende sanitarie e sono a carico del fondo sanitario”*⁵⁴ (cfr. art. 3, c. 3, del D.P.C.M. 14/2/2001).

E’ opportuno evidenziare che il D.P.C.M. del 14/2/2001 (sulle prestazioni di integrazione socio - sanitaria) va applicato in combinato disposto con il D.P.C.M. del 29/11/2001 (sui “L.E.A.”, sopra esaminato), con particolare riguardo, quanto alla fonte regolamentare menzionata per ultima, alle previsioni dettate dall’allegato n. 1/C⁵⁵.

Ai fini della presente esposizione, è necessario segnalare le criticità originarie, in fase applicativa, dall’art. 4, c. 1, del D.P.C.M. del 14/2/2001, con riguardo a varie Regioni, fra cui il Lazio⁵⁶.

Ed invero, ai sensi del testè citato art. 4, c. 1, del D.P.C.M. del 14/2/2001: *“La Regione, nell’ambito della programmazione degli interventi socio-sanitari, determina gli obiettivi, le funzioni, i criteri di erogazione delle prestazioni socio-sanitarie, ivi compresi i criteri di finanziamento, tenendo conto di quanto espresso nella tabella allegata”*. Conformemente a tale disposizione, ogni Regione, sia pure tenendo conto dei principi generali dettati nell’allegato unico al D.P.C.M. del 14/2/2001, ha, in fase attuativa, previsto i **più svariati** criteri di finanziamento, dando vita ad una proliferazione difforme di testi normativi e generando problematiche diversità sostanziali di **accesso** alle

⁵⁴ E’ opportuno aggiungere che, ai sensi dell’art. 30, c. 1, della legge n. 730/1983: *“Sono a carico del fondo sanitario nazionale gli oneri delle attività di rilievo sanitario connesse con quelle socio-assistenziali”*. In ordine al profilo in argomento, occorre tenere, altresì, conto del fatto che le prestazioni contemplate dal D.P.C.M. 14/2/2001 sono finanziate previa *“ripartizione delle risorse del fondo per il servizio sanitario regionale”* (cfr. art. 5 del D.P.C.M. 14/2/2001 medesimo).

In relazione al fondo per il servizio sanitario regionale, cfr. l’art. 2, c. 2-*sexies*, lett. “d”, del D. Lgs. n. 502/92 (e successive modificazioni ed integrazioni). Con riguardo al caso specifico della Regione Lazio (preso particolarmente in esame ai fini della presente indagine), cfr. il D.C.A. n. U00605 del 29/12/2015, avente ad oggetto la ripartizione del fondo sanitario regionale per l’anno 2015.

⁵⁵ In tale allegato, sono state evidenziate: *“Per le singole tipologie erogative di carattere socio sanitario ..., accanto al richiamo alle prestazioni sanitarie, anche quelle sanitarie di rilevanza sociale ovvero le prestazioni nelle quali la componente sanitaria e quella sociale non risultano operativamente distinguibili e per le quali si è convenuta una percentuale di costo non attribuibile alle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale”*.

Sui problemi inerenti alle sovrapposizioni non coordinate tra l’allegato 1/C del D.P.C.M. 29/11/2001 e il D.P.C.M. 14/2/2001, cfr. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, 222-226.

⁵⁶ Sul punto si ritornerà *infra*, sub paragrafi III e IV.

prestazioni⁵⁷, nonostante il D. Lgs. n. 502/1992⁵⁸, da un lato e gli accordi Stato-Regioni⁵⁹, dall'altro, avessero previsto l'**omogeneità** e l'**uniformità** dei livelli di assistenza nazionali.

Sulle problematicità del profilo in esame, si ritornerà più avanti, nel prosieguo della presente esposizione⁶⁰.

A questo punto dell'esposizione, è, invece, necessario soffermarsi (sia pure brevemente) sulla normativa in materia di “*Indicatore della Situazione Economica Equivalente*” (“I.S.E.E.”), dato che, come noto, sulla base del predetto Indice, sono definiti, da un lato, **(i)** la soglia di accesso alle prestazioni sociali agevolate e, dall'altro lato, **(ii)** l'eventuale livello di compartecipazione al costo delle predette prestazioni.

Quanto precede dovrebbe avvenire secondo criteri di equità (più avanti saranno, però, illustrati i profili di criticità, particolarmente rilevanti in sede di accesso alle prestazioni e/o di compartecipazione ai costi inerenti ai servizi socio – sanitari, nell'ambito delle varie Regioni italiane, fra cui il Lazio⁶¹).

L'I.S.E.E. è stato, notoriamente, introdotto dal D. Lgs. 31/3/1998, n. 109⁶², con lo scopo di fissare criteri **uniformi** per la valutazione della situazione economica di coloro che richiedano prestazioni o servizi sociali/assistenziali non destinati alla generalità dei soggetti o, ad ogni modo, collegati nella misura o nel costo a determinate situazioni economiche.

La normativa originariamente emanata in base al citato D. Lgs. n. 109/1998 si è, però, rilevata, per vari aspetti, alquanto inefficace ad assicurare un sufficiente grado di equità nell'individuazione dei

⁵⁷ In particolare, nella Regione Lazio, è stato introdotto un modello compartecipativo sulle attività socio-sanitarie (residenziali e semiresidenziali) estremamente gravoso (e solo parzialmente giustificato dal fine di soddisfare gli obiettivi del piano di rientro), che ha condotto ad evidenti distorsioni nell'accesso alle prestazioni (cfr. art. 2, c. 87 e ss., della legge regionale n. 7/2014 e D.G.R. n. 933/2014). Le criticità messe in evidenza sono state colte dalla “*Commissione Nazionale per la definizione e l'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza*”, costituita presso il Ministero della Salute, la quale ha evidenziato la **forte eterogeneità** tra i vari modelli regionali autorizzativi ed organizzativi, anche sotto il profilo delle modalità di erogazione del servizio. La situazione di cui sopra ha, da ultimo, indotto il legislatore regionale alla revisione del modello (cfr. art. 6 della legge regionale n. 12/2016).

Su tutti i profili, si tornerà *infra, sub* paragrafi III e IV.

⁵⁸ Cfr. art. 1, c. 2, del D. Lgs. n. 502/1992, sulla uniformità dei livelli essenziali di assistenza.

⁵⁹ Cfr. gli accordi citati alla **nota n. 50**.

⁶⁰ Cfr. *infra, sub* paragrafo IV.

⁶¹ Cfr. *infra, sub* paragrafi III e IV.

⁶² Tale legge delegata ha, testualmente, ad oggetto le “*Definizioni di criteri unificati di valutazione della situazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni sociali agevolate, a norma dell'art. 59, comma 51, della legge 27/12/1997, n. 449*”, quest'ultima norma vertente su “*Disposizioni in materia di previdenza, assistenza, solidarietà sociale e sanità*”.

beneficiari, non avendo considerato correttamente tutte le diverse fonti di reddito disponibile nonché di ricchezza patrimoniale delle famiglie⁶³.

La normativa di cui sopra è stata, pertanto, sostituita dall'art. 5 del decreto legge n. 201 del 2011 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 214/2011) (e successive modifiche ed integrazioni), il quale ha demandato ad un successivo regolamento⁶⁴ la revisione de “*le modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'... (I.S.E.E.), al fine di: adottare una definizione di reddito disponibile che includa la percezione di somme, anche se esenti da imposizione fiscale, e che tenga conto delle quote di patrimonio e di reddito dei diversi componenti della famiglia nonché dei pesi dei carichi familiari, in particolare dei figli successivi al secondo e di persone disabili a carico; migliorare la capacità selettiva dell'indicatore, valorizzando in misura maggiore la componente patrimoniale sia in Italia sia all'estero...; permettere una differenziazione dell'indicatore per le diverse tipologie di prestazioni ...*”.

Ai sensi, quindi, dell'art. 2 del D.P.C.M. n. 159/2013 (emanato sulla scorta del citato art. 5 del decreto legge n. 201 del 2011), “*L'I.S.E.E. è lo strumento di valutazione, attraverso criteri unificati, della situazione economica di coloro che richiedono prestazioni sociali agevolate. La determinazione e l'applicazione dell'indicatore ai fini dell'accesso alle prestazioni sociali agevolate, nonché della definizione del livello di compartecipazione al costo delle medesime, costituisce livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. “m”, Cost., fatte salve le competenze regionali in materia di normazione, programmazione e gestione delle politiche sociali e sociosanitarie e ferme restando le prerogative dei Comuni*”⁶⁵.

⁶³ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza del 29/2/2016, n. 841, resa in un giudizio di impugnativa avente ad oggetto il regolamento di cui al D.P.C.M n. 159/2013 del 5/12/2013 (su cui *infra, sub* nota n. 64).

⁶⁴ Cfr. il D.P.C.M n. 159/2013 del 5/12/2013, avente ad oggetto il “Regolamento concernente la revisione delle modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'Indicatore della situazione economica equivalente (I.S.E.E.)”, con il quale, *sub* art. 15, c. 1, è stato, in effetti, abrogato il D. Lgs. n. 109/1998, a far data dai trenta giorni successivi all'entrata in vigore del decreto direttoriale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 7/11/2014, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 17/11/2014, n. 267, S.O..

⁶⁵ La norma in esame prosegue, disponendo che: “*In relazione a tipologie di prestazioni che per la loro natura lo rendano necessario e ove non diversamente disciplinato in sede di definizione dei livelli essenziali relativi alle medesime tipologie di prestazioni, gli enti erogatori possono prevedere, accanto all'I.S.E.E., criteri ulteriori di selezione volti ad identificare specifiche platee di beneficiari, tenuto conto delle disposizioni regionali in materia e delle attribuzioni regionali specificamente dettate in tema di servizi sociali e sociosanitari. È comunque fatta salva la valutazione della condizione economica complessiva del nucleo familiare attraverso l'I.S.E.E.*”.

Sulla legittimità della previsione del suddetto potere degli enti erogatori di dettare “*criteri ulteriori di selezione*”, cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 841/2016, citata *sub* nota n. 63 (e su cui si ritornerà *sub* nota n. 66). In ordine alla tematica da ultimo affrontata, cfr. T.A.R. Veneto – Venezia, Sez. III, 24/10/2013, n. 1218, secondo cui: “*Per la compartecipazione alla spesa di determinate prestazioni assistenziali (come per il ricovero in una struttura assistenziale) non può escludersi che si possa tener conto anche di redditi che non sono normalmente considerati ai fini della determinazione del reddito utile ai fini I.S.E.E.. Pertanto, deve ritenersi ammissibile che gli enti erogatori integrino la disciplina in tema di I.S.E.E., prevedendo nei loro regolamenti di tener conto anche di redditi non imponibili e non considerati nella I.S.E.E., quali la pensione di*

Nell'ambito delle prestazioni economiche agevolate, cui l'I.S.E.E. si riferisce, rientrano, per quanto maggiormente interessa ai nostri fini, anche le “prestazioni agevolate di natura sociosanitaria”, per tali intendendosi le “prestazioni sociali agevolate assicurate nell'ambito di percorsi assistenziali integrati di natura sociosanitaria rivolte a persone con disabilità e limitazioni dell'autonomia, ovvero interventi in favore di tali soggetti” (cfr. art. 1, c. 1, lett. “f”, del citato D.P.C.M. n. 159/2013)⁶⁶.

3. Segue: analisi della specifica normativa della Regione Lazio in tema di compartecipazioni pubbliche alla spesa socio-sanitaria, con esame dei correlati costi a carico degli utenti in sede di partecipazione tariffaria.

invalidità e l'indennità di accompagnamento, ai fini della valutazione della situazione economica degli assistiti per la compartecipazione alle spese per il ricovero in strutture assistenziali, anche se tali redditi non rientrano tra quelli utili per il calcolo dell'I.S.E.E.” (in termini, anche T.A.R. Veneto – Venezia, Sez. III, 7/5/2013, n. 653).

⁶⁶ Può essere utile aggiungere che, sulla base della sentenza del Consiglio di Stato n. 841/2016 (citata *infra*, sub nota n. 63), con la quale è stata integralmente confermata la precedente pronuncia di cui a T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, n. 2454/2015, è stato annullato l'art. 4, c. 2, lett. “f”, del D.P.C.M. n. 159/2013, nella parte in cui ha incluso, tra i dati da considerare ai fini I.S.E.E. per la situazione reddituale, (anche) i trattamenti assistenziali, previdenziali ed indennitari percepiti dai soggetti portatori di disabilità (su identiche questioni, cfr. anche, rispettivamente, T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, sentenza n. 2458 del 11/2/2015, confermata in appello da Consiglio di Stato, Sez. IV, 29/2/2016, n. 838).

Il Consiglio di Stato, nella sopra citata sentenza n. 841/2016, ha, in particolare, ritenuto pienamente legittima la previsione contenuta nell'art. 6 del D.P.C.M. n. 159/2013, nella parte in cui considera come nucleo a sé stante il solo disabile maggiorenne non coniugato. Ed invero, il citato art. 6, c. 1 e c. 2, del D.P.C.M. n. 159/2013, per quanto concerne le prestazioni di natura socio-sanitaria erogate a disabili maggiorenni, calcola l'I.S.E.E. con riferimento esclusivo al beneficiario disabile ed al di lui nucleo familiare c.d. “ristretto”, rappresentato dal coniuge, dai figli minori e dai figli maggiorenni a carico, se del caso con l'aggiunta per ogni figlio non appartenente al nucleo. “*Il che*” – secondo il Consiglio di Stato - “*è come dire che il disabile maggiorenne fa sempre nucleo a sé, quand'anche conviva ancora con i propri genitori. In tal caso (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 3/7/2013 n. 3574), il mantenimento di un adeguato rapporto con le famiglie per i disabili gravi e gli anziani non autosufficienti realizza non solo un maggior beneficio per l'assistito, ma anche risultati migliori a parità di costo dei programmi di assistenza. Tutto questo risponde, se adeguatamente applicato, ai criteri di economicità, buon andamento e proporzionalità nella ripartizione dei costi dell'assistenza. Rettamente, quindi, il D.P.C.M. chiede che le famiglie siano chiamate ad un ruolo più mirato e attivo, ma anche a fornire il loro contributo alle spese di funzionamento del sistema assistenziale, quando questo s'invera in prestazioni in ambienti protetti. La previsione d'una compartecipazione ai costi delle prestazioni, da parte dei familiari, può costituire un incentivo indiretto che contribuisce a favorire la permanenza del disabile presso il nucleo familiare, come espressione di un dovere di solidarietà che, prima ancora che sulla collettività, grava anzitutto sui prossimi congiunti?*”.

Sulla tematica da ultimo accennata, cfr. anche Cons. Stato, Sez. III, 8/11/2013, n. 5355 e Cons. Stato, Sez. V, 16/3/2011, n. 1607, secondo cui la determinazione della contribuzione a carico dei portatori di *handicap* permanente grave per le prestazioni sociali agevolate, assicurate nell'ambito di percorsi assistenziali integrati di natura sociosanitaria ed erogate a domicilio o in ambiente residenziale a ciclo diurno o continuativo, con sovvenzione del fondo sanitario regionale, va valutata tenendo conto (in via derogatoria) esclusivamente della situazione economica dell'assistito e non di quella del suo nucleo familiare. Nel medesimo ordine di idee, cfr. anche Cass. Civ., Sez. I, 27/7/2015, n. 15679, in forza della quale è stata ritenuta l'illegittimità di una cartella esattoriale che aveva determinato il contributo al pagamento delle rette per il servizio di refezione sulla base del reddito dell'intero nucleo familiare e non anche di quello del solo assistito disabile.

Riprendendo spunti di riflessione articolati nel precedente paragrafo **II.**, giova ricordare che le quote di compartecipazione pubblica alla spesa socio-sanitaria si ricavano sulla base di quanto disposto dal D.P.C.M. del 29/11/2001 (all. 1/C) e dal D.P.C.M. del 14/2/2001 (all. unico), ribadendo che la componente sanitaria delle prestazioni è a carico delle Regioni, mentre la componente sociale delle stesse è a carico dei Comuni (con eventuale compartecipazione tariffaria dell'utente, sulla base dell'I.S.E.E.⁶⁷, per la parte eccedente la "quota sociale" finanziata dai Comuni medesimi).

In particolare, l'allegato unico al D.P.C.M. del 14/2/2001 ha, invero, previsto differenti percentuali di intervento (in ragione dell'intensità delle cure), per le attività di riabilitazione rivolte agli anziani ed alle persone non autosufficienti (con patologie cronico-degenerative), erogate nelle R.S.A.⁶⁸. Più in particolare, l'assistenza intensiva e le prestazioni ad elevata integrazione nella fase estensiva sono a completo carico del S.S.R.. Diversamente, per gli inserimenti estensivi, il 50% della retta, relativa al ricovero in R.S.A., è a carico del S.S.R., mentre il restante 50% è a carico del Comune (con eventuale compartecipazione tariffaria dell'utente).

In relazione, invece, alle prestazioni di riabilitazione residenziale e semiresidenziale, l'allegato unico al D.P.C.M. del 14/2/2001 ha dettato un *distinguo* tra le attività di tipo estensivo⁶⁹ e le attività di mantenimento⁷⁰, prevedendo, nello specifico, per le attività riabilitative di mantenimento, sia in regime residenziale che in regime semiresidenziale, la percentuale del 70% come quota sanitaria a carico del S.S.R., mentre, per la componente sociale, è prevista la percentuale del rimanente 30% a carico del Comune (fatta salva, nuovamente, l'eventuale compartecipazione dell'utente, sulla base dell'I.S.E.E.).

Infine, per le prestazioni socioriabilitative psichiatriche, l'allegato unico al D.P.C.M. del 14/2/2001 ha previsto la percentuale a valenza sanitaria del 60%, mentre la (restante) percentuale a valenza sociale è stata stimata nel 40%.

Ebbene, individuate (nei termini di cui sopra) le misure di compartecipazione dei soggetti pubblici alla spesa socio-sanitaria, occorre rilevare che tutte le Regioni, in base alla legislazione statale di principio vigente, sono chiamate a fissare una soglia reddituale annuale I.S.E.E., oltre la quale le

⁶⁷ Cfr. *supra*, *sub* paragrafo II.

⁶⁸ Sulle R.S.A., cfr. quanto dedotto *sub* nota n. 28.

⁶⁹ Per tali intendendosi il complesso di prestazioni rivolte ai pazienti che abbiano superato la eventuale fase di acuzie e di immediata *post*-acuzie e che necessitino di interventi orientati a garantire loro un ulteriore recupero funzionale, da conseguirsi in un tempo definito (di norma, entro sei mesi dalla dimissione ospedaliera e/o dalla riacutizzazione o recidiva dell'episodio patologico).

⁷⁰ Per tali intendendosi il complesso di prestazioni rivolte ai pazienti affetti da esiti stabilizzati di precedenti patologie psicofisiche, che necessitino di interventi orientati a mantenere l'eventuale residua capacità funzionale ovvero a contenere il deterioramento.

spese sanitarie sono a carico del cittadino. L'individuazione concreta di tale soglia, ai fini della presente analisi, ha una valenza non soltanto economica, ma **anche giuridica**, perché il legislatore regionale (nel razionale esercizio della sua discrezionalità normativa) dovrebbe operare un attento bilanciamento tra il diritto alla salute (inteso nel senso più ampio del termine) e gli equilibri della finanza pubblica. Ed invero: *"Il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti"* (ex plurimis, *sentenze n. 267 del 1998, n. 304 del 1994, n. 218 del 1994*). *Bilanciamento che, tra l'altro, deve tenere conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone, restando salvo, in ogni caso, quel "nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana"* (*sentenze n. 309 del 1999, n. 267 del 1998, n. 247 del 1992*), *il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto"* (C. Cost., sentenza n. 509/2000, red. Capotosti⁷¹).

Nel caso di specie, la Regione Lazio⁷², chiamata ad attuare la normativa dettata dal D.P.C.M. del 14/2/2001⁷³, ha, in particolare, stabilito che abbiano diritto al contributo comunale gli utenti R.S.A. con reddito annuale I.S.E.E. di importo non superiore a € 20.000,00, per i ricoveri nelle R.S.A., ovvero non superiore ad € 26.000, per le attività riabilitative di mantenimento rivolte ai minori, con la precisazione che la soglia I.S.E.E. rilevante ai fini in discorso è calcolata (come già accennato) secondo quanto stabilito dall'art. 6⁷⁴ del D.P.C.M. n. 159/2013⁷⁵, sulle *"Prestazioni agevolate di natura sociosanitaria"*.

⁷¹ L'autorevole precedente della Consulta è stato già citato al paragrafo I.

⁷² Con particolare riguardo alle specificità della Regione Lazio, può essere utile ricordare che tale Regione, in prima istanza, ha introdotto la compartecipazione esclusivamente per gli adulti, in riferimento alle attività riabilitative erogate in modalità di mantenimento, in regime residenziale e semiresidenziale (cfr. D.C.A. n. U00095 del 28/12/2009). Successivamente, in più corretta e legittima applicazione dei criteri dettati dal D.P.C.M. del 14/2/2001, la compartecipazione in argomento è stata estesa anche ai minori, sulla base del D.C.A. n. U00051 del 1°/7/2010.

Quanto alle compartecipazioni inerenti all'area della socioriabilitativa psichiatrica per l'età adulta, la Regione Lazio è intervenuta solamente nel 2015, sulla base del D.C.A. n. 562/2015, distinguendo tra l'elevato impegno riabilitativo (con percentuale del 60% a valenza sanitaria a carico del S.S.R., mentre la restante percentuale del 40% è stata riconosciuta a valenza sociale, a carico del Comune) e l'impegno riabilitativo medio-basso (valenza sanitaria del 40% e ambito sociale per il restante 60%). (Per la riorganizzazione delle strutture neuropsichiatriche, si rinvia all'esame del D.C.A. n. U00101 del 9/12/2010).

⁷³ Cfr. le criticità sopra anticipate, in merito all'attuazione dell'art. 4, c. 1, del D.P.C.M. del 14/2/2001, *sub* paragrafo II.

⁷⁴ Su tale norma hanno inciso, da ultimo, le modifiche apportate dall'art. 2 *sexies* del decreto legge 29/3/2016, n. 42 (convertito, con modificazioni, dalla legge 26/5/2016, n. 89), in tema di calcolo dell'I.S.E.E. per i nuclei

Segnatamente, ai sensi dell'art. 6⁷⁶ della legge regionale del Lazio n. 12/2016⁷⁷ (con il quale sono stati riformulati i c. 87 e 88 dell'art. 2 della legge regionale n. 7/2014⁷⁸): **“La quota sociale per le degenze presso le residenze sanitarie assistenziali⁷⁹ o per le attività riabilitative erogate in regime residenziale e semiresidenziale⁸⁰ a carico dell'assistito è corrisposta dal Comune ovvero compartecipata in misura integrale o parziale dall'assistito, nei limiti e secondo le fasce di reddito ai fini I.S.E.E., fissate, nel rispetto delle disposizioni statali vigenti in materia, con deliberazione della Giunta regionale, acquisito il parere della commissione consiliare competente. La partecipazione del comune è graduata proporzionalmente fino al raggiungimento della fascia di reddito ai fini I.S.E.E. di 20.000,00 euro, al di sopra della quale la quota sociale resta interamente a carico dell'assistito ... In caso di compartecipazione, integrale o parziale, il Comune è direttamente responsabile del pagamento della quota a suo carico di fronte alla struttura di degenza⁸¹.**

La Regione concorre agli oneri a carico dei comuni ai sensi del comma 87 in misura pari al 50 per cento della quota sociale complessiva di compartecipazione comunale”.

familiari con componenti con disabilità. Sul profilo in esame, cfr., altresì, la circolare I.N.P.S. n. 137 del 25/7/2016) e la nota del Dipartimento di Roma Capitale del 27/7/2016.

⁷⁵ Sul quale, cfr. *supra sub nota n. 64*.

⁷⁶ L'art. 6 della legge regionale n. 12/2016 è, precisamente, rubricato: “*Modifiche alla legge regionale 14/7/2014, n. 7, relative alle disposizioni in materia di compartecipazione alla spesa sociale per le residenze sanitarie assistenziali (R.S.A.) e per le attività riabilitative erogate in modalità di mantenimento, in regime residenziale e semiresidenziale. Sostegno al reddito di soggetti a rischio di esclusione sociale*”.

La normativa di cui alla citata legge regionale n. 12/2016 è collegata anche ad altra recentissima normativa della Regione Lazio e, precisamente, alla legge regionale n. 11/2016 (“*Sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali della Regione Lazio*”): cfr. art. 6, c. 1, lettera “d”, della legge regionale n. 12/2016 (con cui è stato riformulato il comma 88 *quater* dell'art. 2 della legge regionale n. 7/2014) e art. 46 della legge regionale n. 11/2016 (quest'ultimo rubricato “*Piano regionale degli interventi e dei servizi sociali*”).

⁷⁷ La legge regionale del Lazio n. 12/2016 è stata pubblicata sul bollettino ufficiale della Regione Lazio del 11/8/2016, n. 64, s.o. n. 2 ed è entrata in vigore il giorno successivo alla pubblicazione (*id est*, il 12/8/2016).

⁷⁸ Cfr. art. 2, c. da 87 a 91, della legge regionale del Lazio n. 7/2014.

⁷⁹ Per le R.S.A., oltre ai riferimenti già citati alla *nota n. 28*, cfr. la D.G.R. n. 859/2001 (richiamata dalla D.G.R. n. 933/2014), nella quale è stato definito il concorso regionale agli oneri R.S.A. a carico dei Comuni.

In giurisprudenza, cfr. T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II *bis*, 20/6/2016, n. 7118. La decisione si segnala per avere chiarito l'illegittimità della decisione assunta da un Comune laziale, il quale si era rifiutato di prendere in carico utenti di varie R.S.A. dal reddito inferiore alla (previgente) soglia reddito I.S.E.E. di € 13.000 (cfr. D.G.R. Lazio n. 933/2014) (su cui anche *infra, sub nota n. 87*), sostenendo che l'obbligo dell'amministrazione comunale di compartecipare alle spesa per le rette assistenziali (c.d. “quota socio-assistenziale”) fosse subordinato alla “capienza” dei contributi regionali.

⁸⁰ Cfr. il D.P.C.M. 29/11/2001. Si vedano, altresì, i D.C.A. n. U0095 del 29/12/2009 e n. U0051 del 1°/7/2010, nonché la D.G.R. Lazio del 7/8/2010, n. 380.

⁸¹ La precisazione contenuta nell'inciso di cui al testo si è resa quanto mai opportuna, alla luce del fatto che, come si vedrà meglio in una successiva pubblicazione, molti Comuni si sono rifiutati di coprire le quote sociali, motivando con (dedotti) ritardi nella erogazione dei contributi regionali. Il profilo è trattato anche *sub nota n. 79* della presente esposizione.

E' opportuno precisare che la disposizione in esame (art. 6 della legge regionale del Lazio n. 12/2016) ha modificato le previgenti disposizioni sulla compartecipazione alla spesa per le degenze presso le R.S.A. e per le attività riabilitative erogate, in regime residenziale e semiresidenziale (cfr. art. 2, c. 87 e ss. della legge regionale n. 7/2014, attuati con D.G.R. Lazio n. 933/2014), "*anche in riferimento alla quota sociale per le prestazioni socioriabilitative psichiatriche*"⁸². In particolare, il legislatore regionale del Lazio del 2016 ha stabilito che la quota sociale, per tutte le predette prestazioni (degenze in R.S.A., attività riabilitative e socioriabilitativa psichiatrica), debba rimanere interamente a carico degli utenti con reddito I.S.E.E. annuale **superiore** a € 20.000, venendo, invece, la quota sociale, al di sotto della appena menzionata fascia di reddito⁸³, corrisposta interamente dal Comune o compartecipata dall'utente, secondo fasce di reddito I.S.E.E. che dovranno essere stabilite dalla Giunta Regionale del Lazio con apposita deliberazione.

Il concorso della Regione Lazio agli oneri a carico dei Comuni (nei sensi sopra chiariti), è stato fissato, come già accennato, nella misura del 50% della quota di compartecipazione comunale.

A livello tecnico, le modifiche così apportate dalla legge regionale del Lazio n. 12/2016 sono state rese necessarie per il fatto che, in seguito alla revisione sostanziale dei criteri di computo dell'I.S.E.E., effettuata dal D.P.C.M. n. 159/2013⁸⁴, anche in riferimento all'I.S.E.E. inerente alla richiesta di "*prestazioni agevolate di natura socio – sanitaria, erogate in ambiente residenziale a ciclo continuativo*"⁸⁵, sono stati registrati "*molteplici ed articolati ... effetti sui valori dell'indicatore della situazione economica equivalente, ... con una tendenza ad un netto aumento ... [tale per cui] ... gli enti erogatori di prestazioni agevolate a compartecipazione variabile sulla base dell'I.S.E.E. ... si trovano nella necessità di ridefinire le soglie di accesso e graduazione della compartecipazione, se si vuole evitare una significativa riduzione dei beneficiari e del costo di questa categoria di agevolazioni pubbliche*"⁸⁶.

D'altro canto, con riguardo al sistema previgente (attuato con la D.G.R. Lazio n. 933/2014)⁸⁷, era stata prevista, quale soglia I.S.E.E. di accesso alle prestazioni, quella (ben inferiore) di € 13.000. In

⁸² Cfr. comma 88 *bis* aggiunto all'art. 2 della legge regionale n. 7/2014, ad opera dell'art. 6, c. 1, lett. "b", della legge regionale n. 12/2016.

Cfr. quanto dedotto in argomento anche *sub nota n. 72*.

⁸³ Per il sistema previgente *ante* novella regionale n. 12/2016, cfr. (oltre alla citata D.G.R. Lazio n. 933/2014) le disposizioni applicative sulla compartecipazione della Regione alla spesa comunale contenute nella nota prot. n. 081/D4/4K/03 del 2/1/08 della Regione Lazio

⁸⁴ Su cui, cfr. quanto dedotto *sub note n. 63 e n. 64*.

⁸⁵ Vale a dire nelle residenze R.S.A. per anziani.

⁸⁶ Cfr. la "*Relazione tecnica all'articolo 6 della proposta di legge regionale concernente "Disposizioni per la semplificazione, la competitività e lo sviluppo della Regione"*", *sub "Allegato A"*.

⁸⁷ Cfr. *nota n. 79*.

ragione di ciò, le parti sociali, in forza del protocollo di intesa AIOP-ARIS-CGIL-CISL-UIL e Regione Lazio del marzo 2016, *sub* punto n. 1, avevano testualmente richiesto alla Regione “*che siano rivisti i parametri dell’I.S.E.E., elevandoli dagli attuali € 13.000 ad un importo che si avvicini a quanto applicato in altre Regioni e alla media nazionale, con il conseguenziale riallineamento graduale della compartecipazione*” (sul confronto con le altre Regioni si tornerà più avanti, nel prosieguo dell’esposizione).

Concludendo sulla novella legislativa regionale del Lazio del 2016, per esigenze di completezza, può essere utile ricordare che, in relazione alle necessarie coperture finanziarie, l’art. 6, c. 3, della legge regionale n. 12/2016 ha disposto che: “*Agli oneri derivanti dall’attuazione del presente articolo si provvede, ai sensi dell’art. 2, c. 89, della legge regionale n. 7/2014, nell’ambito delle risorse iscritte, a legislazione vigente, nel programma 02 “Interventi per la disabilità” della missione 12 “Diritti sociali, politiche sociali e famiglia” che, per l’anno 2016, ammontano a 41.000.000,00 euro, di cui 3.500.000,00 euro relative al contributo regionale per le prestazioni socioriabilitative psichiatriche. A decorrere dall’anno 2017⁸⁸ si provvede nell’ambito della legge di stabilità regionale, ai sensi del D. Lgs. 23/6/2011, n. 118 (Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 della legge 5/5/2009, n. 42) e successive modifiche e relativi principi applicativi*”⁸⁹.

Ebbene, con riguardo specifico alla Regione Lazio, i termini della compartecipazione ai costi, per come previsti (e limitati) dal legislatore regionale (sulla base delle disponibilità di bilancio) nei sensi sopra ricostruiti, hanno, di fatto, comportato, in molti casi, la **rinuncia** alle cure, secondo

⁸⁸ Cfr. art. 38 del D. Lgs. n. 118/2011, citato nella disposizione.

La differenza tra il regime del finanziamento 2016 e quello del 2017 poggia sul fatto che, rispetto al 2016, le risorse finanziarie sono state già individuate nel bilancio di previsione finanziario triennale 2016-2018 (cfr. legge regionale n. 18/2015 del 31/12/2015 e relativi allegati), mentre, rispetto al 2017, ciò sarà fatto nella legge di stabilità autunnale.

Può essere, inoltre, opportuno ricordare che, rispetto al bilancio di previsione finanziario della Regione Lazio per il triennio 2016-2018, approvato con legge regionale n. 18/2015, sono state approvate le variazioni di bilancio di cui alle D.G.R. n. 240/2016, n. 350/2016 e n. 460/2016, ai sensi degli artt. 1, c. da 19 a 21, della legge regionale n. 18/2015 e 51 del D. Lgs. n. 118/2011, con le quali è stata incrementata, per il 2016, il contributo regionale alle spese di compartecipazione per la quota sociale degli utenti in RSA e soggetti disabili *ex* art. 26 della legge n. 833/1978 dei Comuni del Lazio e/o per interventi relativi alla compartecipazione regionale alla quota sociale degli utenti in RSA per le prestazioni socioriabilitative e/o alle spese di compartecipazione per la quota sociale degli utenti in RSA e soggetti disabili *ex* art. 26 della legge n. 833/1978 dei Comuni del Lazio, anche in riferimento alla quota sociale per le prestazioni socioriabilitative psichiatriche.

⁸⁹ Può essere utile ricordare che i capitoli di bilancio interessati sono, nello specifico, il H41940, il H41903 e il H41131.

quanto comprovato dai dati pubblicamente consultabili, ai quali verrà *infra* fatto riferimento al paragrafo **IV**, che segue, in merito alla rinuncia ai ricoveri nelle R.S.A.⁹⁰.

Sotto altro profilo, merita ricordare che anche in sede di Conferenza Stato – Regioni, era stato sollevato il dubbio che la definizione di un sistema compartecipativo sulle rette delle R.S.A. potesse costituire, *de facto*, una criticabile **barriera per l'accesso ai servizi**, in violazione dei principi di universalismo e di equità dell'assistenza, posti dal D. Lgs. n. 502/1992 (cfr., in particolare, l'art. 8 della Intesa Stato-Regioni, rep. n. 82/CSR del 10/7/2014, contenente il “*Patto per la salute*” 2014-2016)⁹¹.

4. I dati sulla rinuncia alle cure nel Lazio (sub specie di rinuncia ai ricoveri nelle R.S.A.) e comparazione con le altre Regioni.

Come già accennato, gli effetti del recepimento del contenuto dell'allegato unico al D.P.C.M. del 14/2/2001 hanno generato un diffuso disagio, manifestato sia dagli utenti che dalle associazioni di categoria⁹², da cui è originato, in riferimento specifico alla Regione Lazio, un **calo** nella domanda di ricoveri nelle R.S.A.⁹³, seppur differenziato tra gli ambiti territoriali di riferimento *intra*-regionali.

⁹⁰ In merito alle prestazioni socio-sanitarie erogate nelle R.S.A., anche al fine di meglio comprendere la “gravità” della rinuncia alle cure di cui al testo, occorre precisare che la prestazione “residenziale” non si differenzia, necessariamente, da quella ospedaliera vera e propria, in termini di incisività dell'assistenza. A tale riguardo, la Commissione Nazionale per la definizione e l'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, incardinata presso il Ministero della Salute, ha, significativamente rilevato che: “*La prestazione residenziale si caratterizza, di norma, come prestazione di assistenza a lungo termine a soggetti non autosufficienti, in condizioni di cronicità e/o relativa stabilizzazione delle condizioni cliniche, distinguendosi, quindi, dalle prestazioni di “terapia post-acuzie” (riabilitazione e lungodegenza post-acuzie) svolte di norma in regime ospedaliero ... E’, inoltre, opportuno sottolineare che la prestazione “residenziale” non si differenzia necessariamente da quella “ospedaliera” per un minore gradiente di assistenza. Sussistono, infatti, condizioni di cronicità che impongono significativi e continui trattamenti di natura sanitaria, anche per il supporto alle funzioni vitali (respirazione, nutrizione), nelle quali il gradiente assistenziale globale richiesto può risultare anche superiore a quello di alcune prestazioni di ricovero in condizioni di acuzie*” (cfr. il documento approvato dalla sopra menzionata Commissione nella seduta del 30/5/2007, con il titolo: “Prestazioni residenziali e semiresidenziali per gli anziani non autosufficienti”).

Sui profili in argomento, giova richiamare anche quanto *supra* dedotto, in apertura del paragrafo II, in merito al fatto che le R.S.A. sono state istituite allo scopo di “*contrastare il ricorso improprio alla ospedalizzazione*”, secondo quanto previsto dall'art. 1, c. 2, della legge regionale del Lazio n. 41/1993.

⁹¹ E’ proprio nel contesto dei dubbi espressi in senso alla Conferenza Stato/Regioni che deve essere letto ed interpretato il D.C.A. Lazio n. U00062 del 3/3/2016, di differimento dei termini di attuazione del disposto introduttivo della compartecipazione sull'attività socio-sanitaria in favore delle persone con problemi psichiatrici (sul profilo, cfr. anche quanto dedotto alla [nota n. 72](#)).

Cfr., altresì, da ultimo, il D.C.A. n. U000234 del 1°/7/2016, con il quale i termini in esame sono stati ulteriormente differiti al 1°/1/2017.

⁹² Cfr. paragrafo II.

⁹³ Cfr. paragrafo III.

Dalla situazione così descritta, pare lecito porsi seri dubbi in merito al rispetto del principio del (necessario) bilanciamento tra le istanze di tutela del diritto alla salute e le esigenze di equilibrio finanziario della pubblica amministrazione sanitaria.

Ed invero, quanto ai dati sull'accennata rinuncia ai ricoveri in R.S.A., giova evidenziare che, benché i sistemi informativi per la riabilitativa verso gli anziani non abbiano ancora raggiunto livelli di efficienza soddisfacenti nella Regione Lazio, le statistiche, condotte all'interno delle differenti realtà aziendali, dimostrano una riduzione media dei ricoveri del 10%, in particolare nel territorio di insidenza della A.S.L. di Frosinone, ove è stata registrata una flessione del 13%⁹⁴, in relazione al periodo decorrente dalla adozione del sistema partecipativo fino al 2013.

L'analisi della concreta incidenza degli oneri di compartecipazione tariffaria a carico degli utenti (per la parte eccedente la quota sociale, a carico dei Comuni di residenza) può fornire delle agevoli chiarificazioni.

Ed invero, sulla base del D.C.A. Lazio n. U00101 del 9/4/2013, è possibile desumere che, in regime di ricovero in R.S.A., la tariffa giornaliera relativa al mantenimento in classe "A" è pari ad € 118,40, a cui corrisponde una quota sociale (a carico comunale) di € 59,20. In termini mensili, la retta media, sempre per i ricoveri in mantenimento "A", è pari a € 1.776,00, con oneri a carico totale dell'utente/assistito avente reddito I.S.E.E. superiore a € 20.000,00. Quanto precede si traduce, assumendo un reddito di € 20.000,00, in una spesa (mensile) che incide sul reddito annuale nella misura di circa il 8,9%.

Con riguardo, invece, al mantenimento in classe "B" in regime di ricovero in R.S.A., sempre in base al citato D.C.A. n. U00101/2013, la quota sociale è di € 49,2, corrispondente ad una retta media mensile di € 1.476. Quanto precede si traduce, assumendo un reddito di € 20.000,00, in una spesa (mensile) che incide sul reddito annuale nella misura di circa 7,4%.

Nell'ambito della riabilitativa per disabilità, invece, il mantenimento residenziale elevato prevede una quota sociale di € 36,64 e per quello medio di € 29,44, con conseguenti oneri economici mensili medi pari a € 1.099,20, per l'elevato e di € 883,00, per il medio. Per il semiresidenziale in mantenimento elevato la quota è, invece, pari ad € 18,73, per il medio € 14,98 e per il lieve € 13,11. In riferimento, poi, alle prestazioni terapeutiche e socio-riabilitative in favore delle persone adulte con problemi psichiatrici e/o delle loro famiglie, in applicazione del D.C.A. n. U00562/2015, la quota sociale, nelle strutture di bassa intensità assistenziale (con impegno assistenziale sulle 12h o a

⁹⁴ I dati sono stati evidenziati dalla direzione Aziendale della A.S.L. FR, a supporto della stesura dell'atto di programmazione organizzativa aziendale e del piano strategico aziendale, approvato con delibera del direttore generale n. 370 del 23/3/2015.

fasce orarie), corrisponde a € 48,60 al giorno, pari ad una retta mensile di € 1.458. Nell'ambito della media intensità assistenziale (impegno riabilitativo 24h), invece, la quota sociale è di € 43,20 al giorno.

Occorre, d'altro canto, evidenziare che, nel sistema di compartecipazione sopra descritto, la soglia I.S.E.E. di € 20.000,00, per gli adulti e di € 26.000,00, per i minori, non costituisce uno spartiacque netto, dato che, per i valori di I.S.E.E. non superiori alla soglia di cui sopra, la compartecipazione è modulata in base a scaglioni, con ripartizione degli oneri tra il Comune e gli utenti, fatta salva la sola soglia di garanzia di € 4.500, al di sotto della quale è prevista l'esenzione integrale⁹⁵. Ciò comporta, **paradossalmente**, che potrebbero verificarsi delle ipotesi in cui, tenuto conto dell'esistenza di scaglioni e considerato un reddito annuale anche inferiore ad € 20.000,00, l'incidenza percentuale della spesa sanitaria a carico dell'utente, per l'erogazione di prestazioni socio-sanitarie, potrebbe essere addirittura **superiore** a quanto riscontrato nella casistica sopra riportata.

Passando ad esaminare la comparazione con le altre Regioni, occorre rimarcare la criticità, già in parte rilevata⁹⁶, relativa alla censurabile differenziazione dei più diversi e disparati modelli di compartecipazione, nell'ambito delle varie realtà regionali, in spregio totale agli obblighi normativi di uniformità inerenti all'attuazione dei L.E.A..

Ed invero, i diversi legislatori regionali hanno stabilito vari gradienti per la soglia I.S.E.E. di completa compartecipazione, con valori (nei differenti casi) superiori a € 25.000,00, fino ad arrivare a € 40.000,00⁹⁷. Quanto precede dimostra come la soglia reddituale I.S.E.E., individuata dalla Regione Lazio, potrebbe non essere affatto idonea a garantire il rispetto del *"nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana ... il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto"* (C. Cost., sentenza n. 509/2000, red. Capotosti⁹⁸).

In approfondimento dei profili di difformità della Regione Lazio, basti considerare che, nel regime *ante* novella *ex lege* regionale n. 12/2016, era in vigore la soglia I.S.E.E. annuale pari a € 13.000,00 (introdotta, per la prima volta, attraverso il D.C.A. n. U00095/2009 e confermata dalla legge

⁹⁵ Cfr. Regione Lazio, Direzione Regionale Politiche Sociali e Salute, nota prot. n. 081/D4/4K/03 del 2/1/2008, con la precisazione che la nota in esame conserva validità anche nel nuovo regime disciplinato dall'art. 6 della legge regionale n. 12/2016.

⁹⁶ Cfr. *supra*, *sub* paragrafi II e III.

⁹⁷ Per l'Abruzzo, cfr., ad es., i dati ricavabili dalla lettura del decreto del 5/8/2015, n. 4, recante *"Linee guida per il concorso alla spesa dei Comuni per il sostegno ai costi a carico degli utenti relativi alle prestazioni sociosanitarie semiresidenziali e residenziali per l'anno 2015"*.

⁹⁸ La sentenza della Consulta è stata citata anche ai paragrafi I e III.

regionale n. 7/2014, nonchè dalla D.G.R. n. 933/2014)⁹⁹, con modulazione delle misure di compartecipazione al di sotto della predetta soglia¹⁰⁰. Ebbene, dalla situazione appena descritta (mutata solamente a fronte della normativa entrata in vigore il 12/8/2016), a fronte di una insufficiente quantificazione delle misure di compartecipazione pubblica alla spesa socio – sanitaria (anche *sub specie* di insoddisfacente determinazione della soglia di accesso alle agevolazioni), è scaturita la già accennata **rinuncia** degli utenti ai ricoveri in R.S.A..

Per gli effetti della testè riferita rinuncia alle prestazioni erogate in regime di ricovero nelle R.S.A., gli utenti del S.S.R. del Lazio sono stati costretti a ricorrere ad altre forme assistenziali di soddisfacimento delle necessità di prestazioni socio-sanitarie (previste sempre dal D.P.C.M. del 14/2/2001), fra cui (principalmente) l'assistenza domiciliare integrata. Se non che, a tale ultimo riguardo, si deve evidenziare la minore risolutività dell'assistenza domiciliare integrata, data la minore intensità delle cure e le maggiori difficoltà di accesso alle prestazioni, stanti le lunghe liste di attesa, almeno per il Lazio¹⁰¹.

5. Conclusioni.

Come visto, con specifico riguardo alla Regione Lazio, la legge regionale n. 12/2016, entrata in vigore nel mese di agosto del corrente anno, ha (finalmente) ampliato la soglia di accesso I.S.E.E., al fine di poter estendere l'ambito di applicazione della c.d. quota sociale, relativamente alle prestazioni di ricovero nelle R.S.A. o ai trattamenti riabilitativi, **(i)** in vista di un avvicinamento a quanto applicato nelle altre Regioni e alla media nazionale, con conseguente riallineamento graduale della compartecipazione e **(ii)** per evitare che, in seguito alle modifiche sostanziali sui criteri di computo dell'I.S.E.E. apportate dal D.P.C.M. n. 159/2013, si riducesse eccessivamente la platea degli ammessi alla contribuzione pubblica, in un contesto, peraltro, in cui **(iii)** la sanità regionale era (ed è) soggetta al piano di rientro ed al pedissequo regime di commissariamento¹⁰²,

⁹⁹ Cfr. *supra*, *sub* note n. 79 e n. 87.

¹⁰⁰ Per le critiche avanzate a tale regime di compartecipazione, da cui è scaturita la novella *ex lege* regionale n. 12/2016, cfr. *supra*, *sub* paragrafo III.

¹⁰¹ Vale la pena, comunque, di ricordare che, in riferimento all'assistenza domiciliare integrata, fermi restando gli aspetti problematici evidenziati nel testo, le prestazioni di assistenza infermieristica, di controllo, specialistiche e riabilitative sono a completo carico del S.S.R., secondo quanto stabilito dal D.P.C.M. del 14/2/2001.

¹⁰² La Regione Lazio è soggetta al piano di rientro dal disavanzo sanitario ed alla gestione commissariale, affidata al Presidente della Regione quale Commissario *ad Acta* (in veste di organo governativo e su delega del Consiglio dei Ministri) per la prosecuzione del suddetto piano di rientro. I poteri del Commissario *ad Acta* traggono origine, precisamente, nel nostro caso, dalla delibera del Consiglio dei Ministri del 21/3/2013, adottata ai sensi dell'art. 1, c. 174, della legge n. 311/2004, con cui il Presidente della Regione Lazio è stato nominato (quale funzionario governativo) Commissario ai sensi dell'art. 2, c. 88, della legge n. 191/2009 (e successive modificazioni ed

mentre (iv) molti utenti, dati pubblici alla mano, sono stati indotti a rinunciare alle cure (*recte*: ai ricoveri in R.S.A.), non essendo, evidentemente, in grado di sostenere gli oneri contributivi posti a loro carico, per la parte eccedente la c.d. quota sociale (entro il limite della soglia I.S.E.E.).

Ebbene, riprendendo il profilo di riflessione articolato *sub* (iv), occorre ricordare, nel solco del precedente della Consulta di cui alla sentenza n. 104/2013, ripresa da Consiglio di Stato, n. 604/2015¹⁰³, alle Regioni soggette al piano di rientro (come è il caso del Lazio)¹⁰⁴, è vietato di integrare *in melius* i livelli essenziali nazionali. Conseguentemente, i “L.E.A.” (*ivi* compresi quelli inerenti all’area socio-sanitaria, particolarmente rilevante ai fini odierni) possono e debbono essere garantiti, esclusivamente nei **limiti** della **piena** compatibilità con il perseguimento delle esigenze di risanamento e rientro economico-finanziario.

A tale ultimo riguardo, sia pure in sede di chiusura del presente elaborato, è opportuno approfondire l’analisi delle *rationes decidendi* sottese alla citata pronuncia del Consiglio di Stato, n. 604/2015, secondo cui la implementazione di prestazioni ulteriori o superiori rispetto al livello essenziale, quale risulta stabilito in ambito nazionale, non è consentita, se non è contemplata dal piano di rientro, per cui “una delimitazione o anche una riduzione delle prestazioni che sono al di sopra dei livelli essenziali non costituisce una loro violazione, ma al contrario, per una Regione sottoposta al piano di rientro, costituisce un obbligo o un atto necessario, che può essere evitato solo previa dimostrazione della sua inutilità. Pertanto, gli atti di programmazione sanitaria e socio-assistenziale in attuazione del piano di rientro comportano scelte di recupero o redistribuzione di risorse anche con riferimento ai L.E.A. se questi sono erogati al di sopra degli standard nazionali”. Molto significativamente, è stato anche, *ibidem*, chiarito che: “In materia sanitaria, il piano di rientro persegue, contestualmente e paritariamente, due ordini di obiettivi vincolanti e sottoposti a penetranti controlli nelle sedi nazionali, con conseguenti meccanismi premiali o sanzionatori: **a**) l’esigenza di ripristinare l’equilibrio economico finanziario del sistema sanitario regionale interessato; **b**) la necessità di salvaguardare il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni, secondo gli standard acquisiti in campo nazionale”¹⁰⁵.

integrazioni). Per le norme applicabili in materia, cfr., altresì, l’art. 8, c. 1, della legge n. 131/2003, l’art. 1, c. 180, della legge n. 311/2004, le D.G.R. Lazio n. 66/2007 e n. 149/2007 e, infine, il D.C.A. n. U00247 del 25/7/2014. In Dottrina, cfr. COSMELLI, *Sostituzione normativa e piani di rientro dal disavanzo sanitario: torna alla Corte la questione dei poteri “legislativi” del commissario governativo*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2014. Si rinvia, infine, alla lettura di C. Cost., sentenze n. 361/2010 e n. 78/2011.

¹⁰³ Cfr. *supra*, *sub* paragrafo I.

¹⁰⁴ Cfr. riferimenti *sub* nota n. 102.

¹⁰⁵ La sentenza ha, altresì, statuito nel senso che “Nel settore sanitario, non vi è garanzia di effettività e di rispetto per i diritti fondamentali, fuori da un determinato equilibrio di bilancio democraticamente fissato (entrate, spese, e indebitamento

Nonostante quanto sopra evidenziato, non paiono, però, potersi elidere le esigenze di **uniformità** sull'intero territorio nazionale, donde la necessità di **riallineare** il caso del Lazio (benchè soggetto al piano di rientro) alle previsioni delle altre Regioni ed alla media nazionale, anche al fine di porre rimedio alla registrata e preoccupante rinuncia alle cure (*sub specie* di rinuncia ai ricoveri in R.S.A.)¹⁰⁶, con orientamento degli utenti verso altre forme assistenziali di soddisfacimento delle necessità di prestazioni socio-sanitarie, probabilmente meno risolutive.

In altri termini, fermi restando il limite delle disponibilità in bilancio e l'onere di dover rispettare i vincoli finanziari (anche in sede di necessario coordinamento dell'intera finanza pubblica), non sembrano accettabili, negli ambiti regionali, sia pure interessati dai piani di rientro, prestazioni di trattamenti sanitari (*recte*: di integrazione socio-sanitaria) a costi talmente elevati per gli utenti (in termini di partecipazione tariffaria), da indurre i medesimi a rinunciare alle cure (*id est*, ai ricoveri nelle R.S.A.). Quanto precede è avvalorato anche alla luce dell'illustre ed autorevole insegnamento della nostra Consulta, secondo cui (come visto) le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore (evidentemente, anche regionale), un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana.

autorizzato) che garantisca la sostenibilità e la durata dei diritti medesimi, coordini in vario modo i conti tra risorse e prestazioni e tra le generazioni presenti e quelle future".

Il provvedimento in esame ha, molto significativamente, ritenuto la non coincidenza tra i livelli essenziali delle prestazioni (cfr. D.P.C.M. 29/11/2001 e D.P.C.M. 14/2/2001) e il nucleo essenziale/irriducibile del diritto alla salute, con l'ulteriore precisazione per cui i soli livelli essenziali sarebbero condizionati dalle disponibilità delle risorse economiche, nel rispetto sia dei principi posti dagli artt. 81 e 119 Cost., che dei vincoli europei determinati dal c.d. "Fiscal Compact" e altri atti simili di origine europea. Nello stesso solco di Consiglio di Stato, sentenza n. 604/2015, cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 9/8/2011, n. 4751 e n. 4753; Consiglio di Stato, Sez. V, 21/9/2010, n. 7025; Cons. Giust. Amm., 12/5/2010, n. 645; Consiglio di Stato, 15/6/2004, n. 3983; Consiglio di Stato, n. 398/2004, cit..

¹⁰⁶ Cfr. *supra*, *sub* paragrafo IV.

Numero: 1 del 2017
Autore: **Emilia Giusti**
Avvocato in Firenze

Medicina specialistica e nuova responsabilità

Sommario: 1. Premessa. 2. La responsabilità del prestatore d'opera: una norma da aggiornare. 3. Il lavoro in equipe: una possibile soluzione ai contenziosi o un contenzioso comune?

1. Premessa.

La specialità del medico oggi giorno è diventata un “un onere” ed “un onore”.

Un onere perché è gravato, vista l'alta formazione, a rendere quanto di migliore si possa aspettare il paziente per quella determinata malattia.

Un onore perché in realtà proprio l'essere specialista dovrebbe salvaguardarlo e distinguerlo nel suo ruolo e nelle sue competenze rispetto al lavoro degli altri.

Utilizzo il condizionale visto che invece sono molti e sempre più frequenti i casi in cui l'essere specializzato non comporta quell'onore che si dovrebbe aggiungere al medico.

Dalla legge Balduzzi¹ abbiamo assistito infatti a giudizi ove in più occasioni, il medico è stato condannato sia in caso di rispetto delle famose linee guida e delle buone pratiche sia in caso di omessa applicazione delle stesse, ricorrendo frequentemente nell'una ipotesi e nell'altra la motivazione che ci si trovava di fronte ad una situazione “peculiare”, legata a caratteristiche particolari del paziente.²

Il problema sta nel fatto che non è sempre facile per l'operatore riuscire a fare la “scelta giusta”³ soprattutto quando la scelta non è fondata su certezza, cioè quando, in ambito ospedaliero, non è

¹ Legge Balduzzi, 8 novembre 2012 n. 189.

² G. Mattiello *Legge Balduzzi: quando il medico non risponde per colpa lieve?* In *Altalex* 07.01.2016 (*nota a sentenza*) Corte di Cassazione, sezione IV, 16.11.2015 n. 45527, cit. sentenza p.1 “Le linee guida accreditate operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie; e la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiarità contingenti”.

³ M. Piccinino *La responsabilità penale medica alla luce della giurisprudenza più recente: il ruolo delle linee guida* in *Spia al Diritto* 06.2016, (*nota a sentenze*) Cass.Pen., Sez. IV, sentenza 14 giugno 2006 n. 24400 e Cass. Pen. Sez. IV, sent. 09 aprile 2013 n.263; Cass. Pen. Sez.IV, sentenza n. 38154 del 29 settembre 2009, CED Cassazione 2009; L. Cajazzo e M. Marzano *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi* in *Corriere Giur.*, 2013, 4, 479 (*nota a sentenza*) di Cass. pen. Sez. IV, 18 febbraio 2010 n.10454.

possibile avere piena conoscenza delle conseguenze sia nel caso in cui si segua per quella determinata prestazione le regole cautelari previste nelle linee guida sia che si decida di non seguirle facendo ricorso alle conoscenze mediche.⁴

Il punto di domanda da cui muove il mio contributo riguarda quali strumenti può utilizzare lo specialista per evitare di incorrere in contenziosi legati in molti casi a quella “peculiarità” che sembra svalutare l’importanza dell’essere un medico specialista.

La risposta non è facile, ma ci proviamo attraverso le parole della dottrina della giurisprudenza.

2. La responsabilità del prestatore d’opera: una norma da attualizzare.

La norma a cui indirizzo il mio pensiero nel cercare di trovare un tassello è l’art. 2236⁵ c.c. “*Responsabilità del prestatore d’opera*”.⁶

L’articolo 2236 c.c. infatti sembrerebbe introdurre una limitazione di responsabilità avanti ad una prestazione che impone soluzioni di “*problemi tecnici di speciale difficoltà*” in assenza di dolo o colpa grave da parte dell’operatore.

Secondo la Relazione al codice, questa disposizione voleva assolvere a due funzioni: da una parte cercare di non mortificare l’iniziativa del professionista, con il timore di ingiustificate rivalse da parte del cliente in caso di insuccesso e dall’altra di non indulgere verso non ponderate decisioni o inerzie del professionista stesso.⁷

Nonostante ciò, questa norma non è stata molto utilizzata in giurisprudenza, che, anzi, si è orientata in termini restrittivi, accogliendone una interpretazione per cui, sarebbe da considerare, il lavoro del

⁴ Bartoli R. *La legge Balduzzi si applica se è cambiata la situazione di rischio* in Leggi d’Italia 2014, Cass. Pen., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, come è stato ben scritto porta a valutare i rapporti tra colpa derivante dalla violazione di cautele scritte (linee guida) e colpa derivante dalla violazione di cautele non scritte.

⁵ Il 2236 del c.c. trova applicazione in sede civile non solo in relazione alla responsabilità contrattuale ma anche extracontrattuale. A tal proposito Cass. Civ. Sez. III, 20.11.1998 n. 11743 nota di A. Batà ; A. Spirito *Responsabilità del medico* in Danno e Resp., 1999, 3, 344 e Cass. Sez. Unite 06.05.1971 n.1282 in *Foro it.*, 1971, I, 1476, in cui si afferma che in presenza di responsabilità extracontrattuale del medico si applica la limitazione di responsabilità al dolo e alla colpa grave di cui al 2236 c.c. se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

È sottolineato che la ratio, per cui il 2236 c.c. si applica sia in caso di responsabilità extracontrattuale che contrattuale, si rinviene nel fatto che la norma vuole non mortificare l’iniziativa del professionista, specialmente se medico, a prescindere dalla circostanza che lo faccia o non in esecuzione di un preesistente rapporto obbligatorio. S. Bagaggio *La responsabilità della struttura sanitaria* Giuffrè editore 2008 pag. 805; S. Agosti, M. Cucci, M. Rodolfi, A. Steffano *La responsabilità del ginecologo e ostetrico* Maggioli Editore 2011, 69 e seg.; Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano 1958, 79; M. Faccioli *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie a fronte dei problemi tecnici di speciale difficoltà cui si riferisce l’art.2236 c.c.* in Resp. Civ. 2005, 4.

⁶ Articolo 2236 c.c. Responsabilità del prestatore d’opera “*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave*”.

⁷ Lega, *Le libere professioni intellettuali: nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974, 845; Faccioli M. *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie a fronte dei problemi tecnici di speciale difficoltà cui si riferisce l’art. 2236 c.c.* in Responsabilità civile, 2005, 4.

medico, di particolare difficoltà solo quando sia richiesto un impegno professionale superiore a quello del professionista medio⁸.

La dottrina, per parte sua, invece ha elaborato più teorie per cercare di dare una definizione alla “speciale difficoltà” del 2236 c.c.

Una in particolare tra le tante che porta ad una riflessione guardando anche in termini evolutivi, è quella che lega la speciale difficoltà al caso in cui si riscontri una sintomatologia equivoca della malattia, che può determinare errori diagnostici, e, quindi, di terapia.⁹

L’equivocità, intesa come incertezza circa l’eziologia della sintomatologia, potrebbe, quindi, essere la soluzione per meglio interpretare il concetto di “speciale difficoltà” di cui all’art.2236 del c.c., facendovi rientrare nello stesso anche l’ipotesi della “peculiarità”.

Adottando tale interpretazione si potrebbe quindi affermare che il 2236 del c.c., in realtà non sia rimasto fermo all’interno delle mura del codice ma anzi indirettamente forse ne è stato fatto un forte utilizzo da parte sia della giurisprudenza prima, sia del nostro legislatore oggi che proprio all’art. 6 recante “*Responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria*”¹⁰ ritorna a parlare di “*specificità del caso concreto*” che, a parere di chi scrive, è da leggere ed interpretare non solo ed esclusivamente in relazione alla peculiarità del caso, né solo ed esclusivamente in relazione alla difficoltà del caso, ma in relazione altresì al concetto di equivocità.

Un caso peculiare, cioè un caso che riguardi aspetti particolari legati ad una determinata persona può essere un caso difficile perché equivoco per il sanitario. La peculiarità non deve essere utilizzata come strumento per giudicare il comportamento del medico, ma deve essere la strada per proteggere quel medico specialista dal difficile compito di anteporre una scelta avanti a più scelte.

Un modo per limitare la responsabilità del sanitario così come previsto dal 2236 del c.c.

È vero, il medico è garante del paziente sia quando agisce da solo sia quando agisce in *equipe* ed è tenuto ad eseguire con il massimo dello scrupolo le funzioni proprie della rispettiva specializzazione, ma è anche vero che tale suo dovere si ferma lì dove il suo sapere non è più

⁸ Cass., 18.06.1975, n.2439 in Foro it., 1976, I, 745 e Cass.10.05.2000 n.5945 in Diritto e Giustizia, 2000, f.19.

⁹ M. Faccioli, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie a fronte dei problemi tecnici di speciale difficoltà cui si riferisce l’art. 2236 c.c.* in Responsabilità civile, 2005, 4.; M. Bilancetti “*La responsabilità civile e penale del medico*”, Padova, 2001, 862.

¹⁰ Ddl Gelli “*Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*” “Dopo l’articolo 590-bis del codice penale è inserito il seguente: art- 590-ter. –(Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario). – *L’esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge*”.

sufficiente, non potendo esigere dallo specialista che sconfini quando il caso è del tutto particolare, completamente fuori dall'ambito delle conoscenze esigibili per la sua specializzazione¹¹.

Il medico svolge una funzione importante in base alla propria capacità di diagnostica. Tale funzione sta piano piano sfuggendo dalle mani dell'operatore. Massimo Franzoni in un suo recente lavoro¹² ha affermato quanto ormai “*la perizia in ambito medico ha finito per costruire la regola comune di responsabilità che porta a giudicare il merito della scelta dell'intervento del professionista, con caratteri più penetranti di quanto non avvenga in altre professioni, ed a prescindere dal titolo di responsabilità*”.

Da ciò quindi se ne deduce che il giudizio sulla scelta operata del medico sia da reinterpretare e rivalutare alla luce soprattutto di quanto dispone il 2236 del c.c., quindi cercando di non sottovalutare il concetto di speciale difficoltà all'interno del quale vi rientra anche quella situazione equivoca data dalla peculiarità del caso. Oltre il dato codicistico, si può impiegare un altro strumento già noto e poco ambito: il protocollo ospedaliero.

Il protocollo ospedaliero è lo strumento principe per l'ospedale, per i medici e per i pazienti soprattutto adesso che è cambiata la natura della responsabilità del sanitario.

È un documento dove viene formalizza la sequenza delle azioni che debbono essere fatte per conseguire l'obiettivo dato, uno schema di comportamento predefinito nell'attività clinico diagnostica, la sua funzione risulta essere quella di descrivere una rigida sequenza di comportamenti. Schemi rigidi e predefiniti di comportamento diagnostico-terapeutico atti a descrivere le procedure alle quali l'operatore sanitario deve strettamente attenersi in una situazione specifica.

Non a caso, attenta dottrina ha fatto riferimento , al riguardo, al concetto di *colpa protocollare* o *procedurale*, legato sempre più alla invalsa tendenza alla procedimentalizzazione della prevenzione dell'esito avverso che, da una parte ha infatti il pregio di consentire una limitazione predeterminata di rischi qualificati e sperimentati nell'ambito di un'affidabile cornice nomologica e esperienziale, dall'altra sconta però il pericolo di facili automatismi improntati alla logica del *versari in re illicita*.¹³

I protocolli clinici hanno la funzione di costituire il naturale sviluppo delle linee guida contribuendo al meglio definire il grado di determinatezza delle indicazioni terapeutiche fornite. Recepiscono

¹¹ Garofoli R. *Manuale di diritto penale, parte generale e speciale*, nel Diritto editore 2015, 262.

¹² Franzoni M. *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità* in *Contratto e Impr.*, 2015, 3, 587 cit. 592

¹³ D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit, 305 ss; nello specifico settore medico L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, cit. 977 ss.

l'evidenza scientifica idonea per quella determinata disciplina in modo che l'operatore sanitario possa attendervi.

Che natura hanno i protocolli ospedalieri o meglio che natura dovrebbero avere i protocolli ospedalieri non è un quesito al quale sia facile rispondere, nonostante gli stessi siano seguiti dagli operatori.

Potrebbero offrire maggior garanzie se previste a livello delle fonti.

La soluzione, al fine di poterne opporre l'efficacia, potrebbe presentarsi come segue:

associare al protocollo ospedaliero la natura di "legge provvedimento"¹⁴, una particolare figura nel diritto amministrativo, un atto formalmente legislativo che però tiene luogo ad un provvedimento amministrativo, in quanto provvedono concretamente su casi e rapporti specifici.¹⁵

Così facendo il medico avrebbe da una parte una regola di comportamento con un determinato valore, predefinita ed aggiornata dall'ente ospedaliero, dall'altra il suo potere di diagnosi che conserverebbe spazio attraverso l'ausilio del consenso informato¹⁶ (nel caso in cui la diagnosi si discosti in parte o totalmente dal protocollo) e dell'art.2236 del c.c. .

3. Il lavoro in equipe: una possibile soluzione ai contenziosi o un contenzioso comune?

Abbiamo trattato sopra dell'art.2236 del c.c. e del suo utilizzo al fine di poter meglio delimitare la responsabilità del medico specialista anche e soprattutto in relazione a tutti quei casi peculiari tanto trattati nelle sentenze.

Vediamo adesso un altro aspetto della nostra indagine: l'attività medica di equipe.

Contraddistinta, infatti, dalla partecipazione e dalla collaborazione di più medici e sanitari che, all'interno della stessa equipe interagiscono e collaborano per raggiungere il fine comune, detta forma di attività ha mutuato nel tempo problemi in relazione all'individuazione del corretto grado di diligenza che ciascun compartecipe è tenuto ad osservare.

¹⁴Cons. Stato Sez. IV, 03-05-2016, n. 1718 in Massima redazionale, 2016, Leggi d'Italia, p.1, è spiegato che sono leggi provvedimento tutte quelle che: contengono disposizioni dirette a destinatari determinati, incidono su un numero determinato e limitato di destinatari, hanno contenuto particolare e concreto anche in quanto ispirate da particolari esigenze, comportano l'attrazione alla sfera legislativa della disciplina di oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa; G. Sobrino *Leggi-provvedimento delle Regioni e competenze legislative dello Stato: la Corte costituzionale fissa i "paletti" (ulteriori) all'esercizio dell'autonomia regionale* Giur. It., 2013, 4 (nota a sentenza) *Corte cost.*, 09 febbraio 2012, n. 20; R. Dickmann *La legge in luogo del provvedimento* in Riv. trim. dir. pubbl., 1999, 917 ss.; C. Mortati *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968; S. Spuntarelli *L'amministrazione per legge* Giuffrè editore 2007, p.7 e seguenti.

¹⁵ Garofoli R. *Manuale di diritto amministrativo* in nel Diritto editore 2015, 450.

¹⁶ M. Franzoni *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente* in Resp. Civ., 2012, 2; G. Facci *Il consenso informato all'atto medico: esercizio di un diritto costituzionalmente garantito per il paziente o una trappola per il sanitario?* In Resp. Civ., 2006, 6.

Il dubbio è soprattutto nella valutazione di tale meccanismo giuridico e quindi nel capire se lo stesso sia da considerare, per il mondo medico, un modo per complicare situazioni facili o davvero una soluzione per aggregare le diverse forze e quindi delimitare i contenziosi legali.

Si è posto, nel corso degli anni il quesito sul “quantum di garanzia” debba essere obbligato a fornire ogni operatore e se debba considerarsi comunque responsabile della condotta colposa non direttamente posta in essere da lui, non contando quindi sull’applicazione del c.d. principio di affidamento che vige in questo determinato contesto.¹⁷ Stabilire, infatti, se sussiste o meno un obbligo di controllo e di sorveglianza dell’operato altrui può dipendere, da un lato, dalla posizione eventualmente gerarchica occupata nell’equipe (il capo equipe è garante della salute del paziente e quindi della buona riuscita del lavoro dell’equipe) dall’altro dall’esistenza di ragioni oggettive o soggettive che possono portare a dubitare del fatto che il terzo possa aver tenuto un comportamento non diligente.¹⁸

La responsabilità d’equipe è stata infatti, negli anni definita dalla dottrina ¹⁹ come una responsabilità per errore altrui, difficilmente classificabile come responsabilità oggettiva tantomeno soggettiva. I casi di responsabilità civile oggettiva sono tutti disciplinati nel nostro codice civile mentre è del tutto contestabile, nonostante alcune ipotesi come la preterintenzione, l’esistenza di tale forma nel diritto penale che si basa sulla dicitura che la responsabilità penale è personale.

È stata menzionata, quindi, come responsabilità solidale.²⁰

Nel 2011²¹ la Cassazione ha aperto le porte anche all’errore derivato dalle “scelte di fondo rilevanti ai fini dell’intervento”, nel caso in cui la colpa attenga all’inosservanza di obblighi “comuni” o “indivisi”. Come scrivono ²² i giudici e la dottrina sono scelte di fondo rilevanti ai fini dell’intervento tutte quelle che non possono non essere state condivise da tutti i sanitari che operano. Ne consegue che nel caso in cui le scelte siano erranee e colpevoli, tutti allo stesso modo ne rispondono.

¹⁷ Fiandaca G., Musco E. *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli editore 2014 “il principio di affidamento prevede che ogni consociato possa confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell’attività che di volta in volta viene in questione. “cit. pag. 558

¹⁸ Marinucci-Marrubini, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in Temi, 1968, 221; Belfiore, *Sulla responsabilità colposa nell’ambito dell’attività medico-chirurgica in équipe*, in Foro it., 1983, II, 167.

¹⁹ R. Bartoli *La responsabilità per l’errore altrui richiede la verifica del ruolo effettivo svolto da ciascun medico* in Leggi d’Italia 2015

²⁰ La solidarietà trova spazio nel nostro codice civile all’art. 2055 in cui è affermato che “se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono **obbligate in solido** al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha **regresso** contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall’entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si **presumono** uguali.”

²¹ Cass. Pen., Sez. IV, 20 dicembre 2011, n. 46961 con nota di G. Amato *Equipe chirurgica, delle scelte di fondo rispondono tutti* in News - Responsabilità penale sanitaria 13.01.2012

²² G. Amato *Equipe chirurgica, delle scelte di fondo rispondono tutti* in News - Responsabilità penale sanitaria 13.01.2012

Ultimamente però la stessa Corte è ritornata su questa forma di responsabilità ed in una recente sentenza n.18780 del 2016, affrontando un caso di attività di equipe multidisciplinare, ha scelto di rivalutarne l'inscindibilità.

La Corte ha infatti imposto che le condotte degli imputati siano analizzate in primis separatamente, in riferimento ai profili di colpa a ciascuno contestati e secondo l'apporto causale del comportamento del singolo rispetto all'evento lesivo.

Ha specificato che non è corretta in diritto la generica affermazione dei giudici di merito²³ secondo la quale nel lavoro di equipe ogni operatore risponde dell'operato comune dovuto alla condotta altrui,²⁴ ma è necessario verificare se, e a quali condizioni, ciascun imputato, oltre ad essere tenuto per la propria parte al rispetto delle regole di cautela esistenti con riferimento alle sue mansioni, debba essere tenuto anche a farsi carico delle mancanze dell'altro componente dell'equipe o possa viceversa fare affidamento sulla corretta esecuzione dei compiti altrui.

Principio questo confermato anche in un'altra pronuncia²⁵, sempre in relazione ad un caso di attività di equipe medica, in cui oltre a ricostruire gli obblighi di garanzia del direttore del reparto ospedaliero nei confronti del personale infermieristico, è stato stabilito come ormai anche la posizione dell'infermiere debba considerarsi (almeno nel caso di specie) posizione di garanzia del tutto autonoma rispetto a quella del medico, ravvisandone il fondamento nell'autonoma professionalità dell'infermiere che oggi è da considerarsi non più "ausiliario del medico", ma "professionista sanitario".

Il problema allora è proprio questo. Capire soprattutto adesso che la Cassazione ha accolto l'idea di una responsabilità "individuale d'equipe" quale indirizzo accogliere, se continuare a considerare la responsabilità d'equipe come una responsabilità di tutti (una responsabilità solidale) o se invece

²³ Una fra le tante sentenze che accolgono questo indirizzo è Cass. pen. Sez. IV, Sent., (ud. 11/10/2012) 15-11-2012, n. 44830 in *Danno e Resp.*, 2013, 1, 85 in cui è ribadita la responsabilità sia dei chirurghi che dell'anestesista sulla base di una ingiustificata trascuratezza nella gestione del caso. Analoga soluzione è stata raggiunta da: App. Bari, 26 gennaio 1981, Lilli, in *Foro it.*, 1983, II, 167, con nota di Belfiore, Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in "équipe" in *Foro It.*, 1983, II, 168. e Cass., Sez. IV, 26 gennaio 2005, n. 231538, *Riv. Pen.*, 2006, 6, 764.

²⁴ Sempre nella sentenza la Corte di Cassazione richiama una sentenza (Cass. Pen. Sez. 4, 9.4.2009, n.19755, CED Cassazione, 2009) in cui aveva già affermato il principio di cui sopra stabilendo che la responsabilità penale di ciascun componente di una equipe medica per un evento lesivo occorso al paziente sottoposto ad intervento chirurgico non può essere affermata sulla base dell'accertamento di un errore diagnostico genericamente attribuito alla equipe nel suo complesso, ma va legata alla valutazione delle concrete mansioni di ciascun componente, nella prospettiva di verifica in concreto, dei limiti oltre che del suo operato, anche di quello degli altri.

Ancora, da richiamare un'altra pronuncia in cui si afferma che nei casi in cui alla cura del paziente concorrono, con interventi non necessariamente omologabili più sanitari, l'accertamento del nesso causale rispetto all'evento verificatosi deve essere compiuto con riguardo alla condotta e al ruolo di ciascuno, non potendosi configurare una responsabilità di gruppo in base ad un ragionamento aprioristico (Cass. Pen. sez. 4, 8.7.2014, n. 7346, CED Cassazione, 2015)

²⁵ *Cass. pen. Sez. IV, 03 dicembre 2015, n. 2541*, Lucia Risicato *Responsabilità del personale medico e paramedico-omesso controllo sul mal governo di macchinari capricciosi: non c'è responsabilità penale del dirigente medico* *Giur. It.*, 2016, 6, 1490.

accogliere questa nuova impostazione che preferisce non responsabilizzare inscindibilmente il gruppo.

Accogliere l'una o l'altra posizione ha, ovviamente, delle conseguenze, oltre che in punto di responsabilità anche in termini assicurativi.

A tal proposito è da richiamare quanto manifestato dall'Aicpe²⁶ che ricordando, l'orientamento giurisprudenziale che valorizza la responsabilità solidale, e cioè estesa a tutti i soggetti coinvolti nell'intervento chirurgico, come l'unica soluzione idonea a garantire il risarcimento per il paziente ha sottolineato quanto ciò implichi che l'errore del singolo si riverberi su tutti gli operatori che partecipano all'intervento²⁷ oltre che sulla struttura, con effetti negativi anche assicurativi. Tale meccanismo può portare, sempre secondo l'associazione, alla realizzazione del principio di solidarietà per cui anche chi non avesse commesso il fatto è obbligato a pagare quando verificatosi. Il problema, quindi, è dato successivamente dalle assicurazioni che garantendo solo la quota di responsabilità dell'assicurato,²⁸ escludono allo stesso assicurato la copertura di ogni responsabilità derivate in via solidale.

Accogliendo questo indirizzo che fa base su una responsabilità solidale dell'equipe difficilmente tale meccanismo può e potrebbe considerarsi appropriato alle esigenze di oggi.

Da una parte abbiamo un obbligo di assicurazione per i medici che operano fuori e dentro l'ospedale, dall'altro un contratto di assicurazione che nonostante sottoscritto risulta spesso, nel piano pratico, inadeguato rispetto alle esigenze di copertura del professionista.

Del resto, il principale problema, quando si tratta di assicurazioni per la struttura sanitaria e per il medico è proprio il contenuto delle stesse e delle clausole ivi previste.

È ritenuto infatti che *“...Nel settore assicurativo, la negoziazione delle singole clausole è un evento assai raro, perlopiù limitato alle ipotesi di contratti stipulati da imprese per la copertura dei grandi*

²⁶ l'Associazione di Chirurgia Plastica Estetica

²⁷ Aicpe, chirurgia plastica: «no alla responsabilità solidale, altrimenti si rischia che nessuno paghi per i danni ai pazienti» pubblicato il 30/10/2015 02:00:00 sezione "Comunicati Stampa" in www.Aicpe.org

²⁸ Avv. Giorgio Grasso, PhD of counsel studio legale Simmons & Simmons *I rischi derivanti dalla responsabilità solidale, Le Rc a tutela di costruttori o professionisti coprono la quota individuale di risarcimento, ma la norma obbliga al versamento dell'intero ammontare e a successiva rivalsa* in Insurance Daily lunedì 24 ottobre 2016 n.1010 pag.1.

Ha illustrato come con il d.Lgs. 112/05, il Legislatore abbia rafforzato la tutela patrimoniale per coloro che decidano di acquistare un bene immobile, disponendo all'art.4 un obbligo assicurativo per il costruttore a contrarre e a consegnare all'acquirente all'atto del trasferimento della proprietà una polizza assicurativa indennitaria decennale. La disciplina però, integrata dalla circolare del Consiglio nazionale degli Ingegneri (n. 804/2016), va letta, sempre secondo l'autore in coordinamento con gli art. 2055 e 1292 che dispongono in materia di risarcimento del danno che avanti a più coreponsabili, il danneggiato possa rivolgere le sue pretese anche ad un soggetto solo di loro che poi avrà diritto di regresso per quanto dato. Il problema anche in questo caso è dato dal fatto che le polizze assicurative prevedono una copertura limitata alla sola quota individuale non prendendo in considerazione la responsabilità solidale.

*rischi industriali, e ciò spiega come da più parti si sia individuato in tale settore il terreno di elezione delle condizioni generali uniformi ma anche il terreno di coltura delle clausole abusive*²⁹.

È possibile quindi immaginare ed affermare che la suddetta clausola di esclusione della responsabilità solidale comportando un aggravio del tutto evidente per il professionista che sottoscrive il contratto sia da rivedere. È infatti da riconsiderare non in base a quanto previsto dall'art. 1341 del c.c. essendo il contratto assicurativo ormai già sottoscritto dalle parti con specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie e nemmeno richiamando i diritti del consumatore di cui al Codice del Consumo³⁰ che in questo caso non possono essere esercitati in quanto il soggetto assicurato è un professionista che vuole assicurare il suo stesso lavoro occorre, forse, piuttosto richiamare quanto predisposto dal codice delle assicurazioni private in punto di informativa precontrattuale e consulenza³¹. All'art. 120 "informazione precontrattuale e regole di comportamento" comma 3 è scritto infatti che l'intermediario assicurativo, in base alle informazioni fornite dal contraente debba proporre un prodotto adeguato alle sue esigenze³² mentre agli articoli 182³³ "pubblicità dei prodotti assicurativi" e 183³⁴ "Regole di comportamento" è specificato che è

²⁹ M. Gazzara "Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente" in Responsabilità civile e Previdenza n.2 del 2011 pag. 461 e ss. cit.

³⁰ Codice del Consumo, D.Lgs. n. 206/2005. L'art. 3 del Codice del Consumo limita l'applicazione delle norme di tutela del consumatore alle persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale o professionale eventualmente svolta.

³¹ Decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 codice delle assicurazioni private come modificato dal decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 74, recante attuazione della direttiva 2009/138/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione

³² Decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 codice delle assicurazioni private art. 120 informazione precontrattuale e regole di comportamento comma 3. *In ogni caso, prima della conclusione del contratto, l'intermediario assicurativo di cui al comma 1, anche in base alle informazioni fornite al contraente, propone o consiglia un prodotto adeguato alle sue esigenze, previamente illustrando le caratteristiche essenziali del contratto e le prestazioni alle quali è obbligata l'impresa di assicurazione.* "

³³ Decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 codice delle assicurazioni private, art. 182 Pubblicità dei prodotti assicurativi "1. La pubblicità utilizzata per i prodotti delle imprese di assicurazione è effettuata avendo riguardo alla correttezza dell'informazione ed alla conformità rispetto al contenuto della nota informativa e delle condizioni di contratto cui i prodotti stessi si riferiscono. 2. I medesimi principi sono rispettati anche quando la pubblicità sia autonomamente effettuata dagli intermediari. 3. L'ISVAP può richiedere, in via non sistematica, la trasmissione del materiale pubblicitario, nelle sue diverse forme, che è utilizzato dalle imprese e dagli intermediari. 4. L'ISVAP sospende in via cautelare, per un periodo non superiore a novanta giorni, la diffusione della pubblicità in caso di fondato sospetto di violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza. 5. L'ISVAP vieta la diffusione della pubblicità in caso di accertata violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza. 6. L'ISVAP vieta la commercializzazione dei prodotti in caso di mancata ottemperanza ai provvedimenti di cui ai commi 4 e 5 secondo quanto previsto all'articolo 184, comma 2. 7. L'ISVAP, con regolamento, stabilisce i criteri di riconoscibilità della pubblicità e di chiarezza e correttezza dell'informazione."

³⁴ ³⁴ Decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 codice delle assicurazioni private, art. 183, Regole di comportamento "1. Nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati; b) acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati; c) organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse ove ciò sia ragionevolmente possibile e, in situazioni di conflitto, agire in modo da consentire agli assicurati la necessaria trasparenza sui possibili effetti sfavorevoli e comunque gestire i conflitti di interesse in modo da escludere che rechino loro pregiudizio; d)

richiesta correttezza nell'informazione data dalle compagnie assicuratrici in ordine ai propri prodotti e che nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati.

In tale ipotesi, quindi, alla luce degli articoli sopra esaminati si porrebbe un problema di adeguatezza della clausola contrattuale che limitando la copertura assicurativa non fornisce al professionista un prodotto idoneo ai rischi del mestiere. Potrebbe essere impugnata detta clausola, pur conservando il contratto assicurativo, per nullità per contrarietà a regole imperative ex art. 1418³⁵ c.c. quali sono le regole di condotta nella distribuzione dei prodotti assicurativi.

Può emergere un problema di c.d. giustizia contrattuale. L'introduzione, infatti, di un sistema di assicurazione obbligatoria per i rischi professionali e il conseguente venir meno della libertà del professionista di stipulare la relativa polizza cambiano il mercato di riferimento e, al contempo, fanno emergere l'esigenza di impedire innanzitutto che le assicurazioni "abusino" del potere contrattuale che si ritrovano ad esercitare.³⁶

Viceversa se si accoglie la nuova impostazione (una responsabilità individuale di equipe), detta clausola non rilevarebbe venendo meno in radice il problema.

realizzare una gestione finanziaria indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei contraenti e degli assicurati. 2. L'ISVAP adotta, con regolamento, specifiche disposizioni relative alla determinazione delle regole di comportamento da osservare nei rapporti con i contraenti, in modo che l'attività si svolga con correttezza e con adeguatezza rispetto alle specifiche esigenze dei singoli.

3. L'ISVAP tiene conto, nel regolamento, delle differenti esigenze di protezione dei contraenti e degli assicurati, nonché della natura dei rischi e delle obbligazioni assunte dall'impresa, individua le categorie di soggetti che non necessitano in tutto o in parte della protezione riservata alla clientela non qualificata e determina modalità, limiti e condizioni di applicazione delle medesime disposizioni nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti di assicurazione dei rami danni, tenendo in considerazione le particolari caratteristiche delle varie tipologie di rischio."

³⁵ Capo XI Della nullità del contratto, art. 1418 c.c., *Cause di nullità del contratto*. 1. Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative [c.c. 1352, 1422, 1462, 2331, 2332], salvo che la legge disponga diversamente [c.c. 1876]. 2. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa [c.c. 1343, 1344], l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346. 3. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge [c.c. 162, 458, 771, 778-781, 785, 786, 788, 794, 1338, 1341, 1349, 1350] [c.c. 1354, 1355, 1471, n. 2, 1472, 1894, 1895, 1904, 1963, 1972].

³⁶ Salvatore Bosa *Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative* Nuove Leggi Civ. Comm., 2015, 2, 256; D'Amico, *L'abuso della libertà contrattuale* in D'Amico e Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, spec. p. 58 ss.; F. Di Marzio, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in Riv. dir. civ., 2007, 5, p. 681.

Numero: 1 del 2017
Autore: **Sara Landini**
Prof.ssa Diritto
Università degli Studi di Firenze

Il ruolo delle assicurazioni nella tutela della salute

Sommario: 1. Premessa. 2. Il Rischio salute e le coperture. 3. Mutualità e tutela della salute.

1. Premessa.

Banca d'Italia ha recentemente pubblicato le informazioni raccolte nella rilevazione del 2014 dell'Indagine sui bilanci delle famiglie italiane (campione di 8000 famiglie).

La percentuale di famiglie che avevano acquistato almeno una polizza malattia o infortuni era nel 2014 pari al 3,3% (circa 800 mila su un totale di 24 milioni) in ulteriore calo rispetto al 2012, anno della precedente rilevazione (3,8%). La diffusione delle coperture sanitarie è diminuita in modo evidente tra le famiglie residenti nelle aree a maggior diffusione assicurativa: al Nord le famiglie assicurate sono scese al 4,8% dal 5,5% nel 2012 e al Centro al 3,5%, dal 4,8% nel 2012. Nelle regioni del Sud si è invece registrato un lieve aumento (0,8%, 0,7% nel 2012).

La diffusione delle polizze sanitarie per condizione professionale ha mostrato caratteristiche simili, registrando un calo consistente (7,7%, dall'8,5 nel 2012) tra i lavoratori autonomi, categoria naturalmente più propensa ad assicurarsi, e uno ancor più profondo tra i lavoratori dipendenti (3,1%, dal 4,1% nel 2012). La percentuale di famiglie assicurate con capofamiglia in pensione è invece aumentata, seppur in misura molto lieve (2,4%, dal 2,3% nel 2012).

Da questi dati muove la nostra riflessione sul ruolo di due grandi attori della Sanità Integrativa: le assicurazioni a premio e le mutue.

2. Il Rischio salute e le coperture.

Pitacco definisce il rischio salute come «Situazioni di bisogno, che si creano a seguito di alterazioni del normale stato di salute dell'individuo» (1).

Per le assicurazioni di persone l'interesse assicurato è l'integrità della persona colta nei diversi profili di detrimento della medesima: infortunio e malattia. In questa ipotesi, data la natura del danno e la sua indeterminabilità in concreto, la quantificazione dell'indennizzo è rimessa a criteri predeterminati convenzionalmente ordinati secondo il tipo e la gravità della lesione personale. Come osserva la dottrina (2), seguita dalla giurisprudenza maggioritaria (3), il fatto che l'indennizzo

¹ E. PITACCO, *Prodotti assicurativi sanitari e previdenziali nel nuovo scenario demografico. Profili attuariali, Relazione al congresso di scienze e tecnica delle assicurazioni, 2004*, in www.ecostat.unical.it

² In tal senso G. VOLPE PUTZOLU, *ult. op. loc. cit.*

in queste ipotesi sia determinato in astratto come nelle assicurazioni sulla vita, non toglie che si tratti di assicurazioni contro i danni. L'infortunio e la malattia sono, infatti, considerati nelle polizze come eventi dannosi la cui gravità rileva ai fini della determinazione dell'indennizzo.

E' importante distinguere le assicurazioni malattie da altre assicurazioni aventi ad oggetto lo stesso evento, ma rientranti piuttosto nell'assicurazione del patrimonio. È il caso dell'assicurazione per le spese mediche.

Come osservato dalla dottrina per le assicurazioni infortuni e malattie la loro classificazione all'interno del ramo danni ad opera oggi del codice delle assicurazioni private, non deve essere sopravvalutato nel senso di ritenere automaticamente applicabili a tali contratti tutte le norme di cui agli art. 1904 ss. ⁽⁴⁾

Dubbi, inoltre, potrebbero essere sollevati circa l'applicabilità della disciplina del contratto di assicurazione sulla vita o del contratto di assicurazione contro i danni a quelle polizze difficilmente riconducibili alla rigida distinzione assicurazioni contro i danni - assicurazioni sulla vita di cui all'art. 1882.

Mi riferisco alle *permanent health insurance*, che, come le assicurazioni sugli infortuni, non sono assicurazioni sulla durata della vita, ma su una eventuale invalidità parziale e comunque distinte dall'assicurazione infortuni per la durata del rapporto⁽⁵⁾

Infatti nel caso di *permanent health insurance* l'assicuratore si impegna a pagare al *Grantee* una somma in caso di *Total* o *Partial Disability* dell'assicurato, somma che verrà calcolata sulla base della percentuale di invalidità e che verrà corrisposta al *Grantee* a partire dalla fine del *Deffered Period* stabilito nella polizza. La copertura assicurativa, però, cesserà in caso di morte, pensionamento o mancato pagamento del premio.

Da ultimo le compagnie offrono coperture che prevedono condizioni di polizza atte a stimolare condotte virtuose, dal punto di vista della alimentazione e dello stile di vita, prevedendo particolari riduzioni del premio in caso di rispetto di certi standard predeterminati o prevedendo programmi check up volti a favore interventi precoci.

Si evidenzia così una funzione di previdenziale piuttosto che indennitaria.

Anche in questo caso però la funzione non vale a qualificare il contratto in termini di un contratto di assicurazione sulla vita ⁽⁶⁾. Non intendiamo qui entrare sulla questione della funzione strettamente previdenziale delle polizze vita, si tratta caso mai di indagare sugli aspetti rilevanti nella qualificazione dei contratti di assicurazione.

³ La giurisprudenza tende ad applicare le norme sull'assicurazione contro i danni, e in particolare gli artt. 1904, 1913 e 1915, anche alle assicurazioni contro gli infortuni. Cfr. Cass., 25.11.1999, n. 13140, in *Mass. Foro it.*, 1999; Cass., 11.03.2005, n. 5435, in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2006, 159.

⁴ V. G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., p. 152.

⁵ V. G. VOLPE PUTZOLU, *op. ult. cit.*, p. 190

⁶ Contra L. DI NELLA, *Le assicurazioni per il rischio di non autosufficienza*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 335.

Se si distoglie l'attenzione dalla funzione economico sociale in senso astratto, per piegarla piuttosto sulla causa in concreto e sulla funzione economico individuale ovvero sulla funzione disegnata dalle parti (⁷), con riferimento al contratto di assicurazione, assume rilievo centrale il rapporto rischio/premio.

Mentre nelle polizze vita il rischio è disegnato sulla base di tavole di mortalità e dalla probabilità di sopravvivenza, in caso di polizze malattia altri sono i dati sul piano attuariale che vengono considerati e sulla base dei quali viene disegnata l'economia del contratto ovvero sugli interessi condivisi dalle parti nella formazione del vincolo contrattuale (⁸).

Nelle assicurazioni danni il rischio è la possibilità che si verifichi il sinistro ovvero un pregiudizio al patrimonio, alle cose o all'integrità fisica dell'assicurato. Nell'assicurazione vita il rischio è il possibile verificarsi di un evento della vita umana. La distanza che intercorre sul piano attuariale tra un sinistro ed un evento legato alla vita umana anche in termine di fattori esogeni ed endogeni incidenti sul calcolo delle probabilità finisce per incidere sulle regole proprie dell'assicurazione contro i danni e dell'assicurazione sulla vita oltre che sul calcolo delle riserve. Aspetti come la presenza dell'interesse a contrarre, il principio indennitario, la copertura degli atti intenzionali presentano diversità a seconda che li si considerino per l'uno o l'altro sottotipo di contratto di assicurazione. Con riferimento alle assicurazioni sulla salute si nota come, in caso di polizze annuali, nel calcolo del rischio assumono importanza aspetti di previsione di sinistrosità e inflazione tipici dei contratti di assicurazione contro i danni. Per contro nel caso contratti *long term* assumono

⁷ Così G.B.FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1995, pp. 208-209. La teorizzazione della causa come funzione del negozio in senso soggettivo trova in vero luogo in data anteriore rispetto all'opera dell'autore citato. V. in particolare F. CARUSI, *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947, pp. 150 -152. Rilevanza degli interessi delle parti contraenti sotto il profilo causale è riconosciuta da C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 225 ss. Si è parlato altresì di causa come "interesse obiettivato nel regolamento contrattuale" così: D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, t. 1, Torino, 1999, p. 532 e ancora la causa è stata identificata "con l'assetto astratto di interessi cui la norma subordina l'assunzione di rilevanza giuridica dell'affare privato": U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 25. Sul punto, solo per motivi di completezza, ricordiamo le osservazioni di Betti sulle teorie soggettiviste di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa nel negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, pp. 13-21. Betti rilevava in particolare l'errore di una visione unilaterale soggettiva dal momento che una ragione variabile e contingente non potrebbe costituire motivo di interesse e tutela degli atti di autonomia privata da parte dell'ordinamento. Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., Torino, 1960, p. 172 ss. L'approccio funzionale al problema della causa pone dei dubbi dal punto di vista del significato pratico di tale soluzione, dal momento che una funzione, sia essa intesa in senso oggettivo o soggettivo, sarà immanente in ogni atto posto in essere dai privati e non nei soli contratti. Sul punto v. R. SACCO, in R. Sacco G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, t.1, Torino, 1993, p. 635 ss.; M BESSONE - V. ROPPO, *La causa nei suoi profili attuali (materiali per una discussione)*, in *Causa e consideration*, Padova, 1984, p. 3 ss. e in particolare p. 13.

⁸ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, Aix En Provence, 2004, p. 25 sottolinea attraverso un'attenta indagine giurisprudenziale "une tendance utilitaire et pragmatique qui, prenant en compte la réalité de l'opération économique formant le substrat de la convention, protège les intérêts très concrets attendus par les parties".

maggior rilievo problemi connessi con la durata aleatoria della vita dell'assicurato il che legittimerebbe ad usare basi di calcolo proprie delle assicurazioni sulla vita ⁽⁹⁾.

In caso di *longevity risk* ⁽¹⁰⁾, coperto ad esempio con le polizze *long term care (LTC)* abbiamo una stretta commistione tra funzione previdenziale e indennitaria anche dal punto di vista del calcolo rischio.

Per LTC si intende quel contratto con cui l'assicuratore si impegna a provvedere con interventi necessari a fronte di situazioni di bisogno di assistenza che si possono verificare soprattutto in età avanzata, situazioni di bisogno non necessariamente provocate da infortunio o specifica malattia ma anche da senescenza e conseguente riduzione dell'autosufficienza.

Le prestazioni fornite da una copertura LTC possono essere sia una diaria prestabilita, di norma variabile con il grado di autosufficienza; sia il rimborso delle spese per l'assistenza ancorché non integrale per la presenza di *franchise*, scoperti e massimali; sia la prestazione alternativa di rendita ed assistenza (senza alcun onere di spesa) in istituti convenzionati.

Nei casi in cui la copertura assicurativa preveda una prestazione pecuniaria, occorre stabilire le condizioni al verificarsi delle quali la prestazione stessa deve essere erogata. Di norma si tiene conto o della richiesta di assistenza LTC domiciliare o con ricovero; oppure della comprovata mancanza di autosufficienza nello svolgere determinate "attività elementari" (le c.d. "*activities of daily living*"), usuali nella vita quotidiana; o infine del raggiungimento di un determinato *score* partendo da schemi di "punteggio".

Tornando alla questione della qualificazione delle polizze malattia, la verità è che, come osservava la dottrina in materia di assicurazione infortuni ⁽¹¹⁾, forse occorre superare il bipolarismo danni e vita recuperando la unitarietà funzionale del contratto di assicurazione che mira alla traslazione di un rischio e verificando caso per caso la disciplina applicabile.

3. Mutualità e tutela della salute.

Il mutualismo operante nel settore della sanità integrativa risulta variegato (società di mutuo soccorso, casse di previdenza, fondi autonomi e casse aziendali) pur presentando principi comuni: assenza di fini lucrativi, non discriminazione delle persone assistite, principio della porta aperta per cui chiunque può aderire a prescindere dalle proprie condizioni di salute, rinuncia al recesso per cui l'organismo erogante la garanzia non può mandare via nessuno dei propri "associati" senza tralasciare lo stesso principio mutualistico inteso come comunanza di mezzi finalizzati

⁹ E. PITACCO, *Il rischio salute nell'ambito delle assicurazioni vita. Profili tecnico-attuariali*, in Atti del V Congresso nazionale di Scienza delle assicurazioni, Torino, 1996, pp. 69-70.

¹⁰ Inteso come "rischio "sistematico" derivante dalla futura evoluzione dello scenario demografico, ed alle sue conseguenze sulla gestione tecnica di prodotti previdenziali e di coperture assicurative sulla salute quali le assicurazioni malattia per anziani e le assicurazioni Long Term Care, sia a livello individuale che a livello di collettività": E. PITACCO, *Prodotti assicurativi sanitari e previdenziali nel nuovo scenario demografico. Profili attuariali, Relazione al congresso di scienze e tecnica delle assicurazioni, 2004*, in www.ecostat.unical.it

¹¹ V. *infra* nota 85. V. inoltre G. VOLPE PUTZOLU, *L'evoluzione dell'assicurazione sulla vita. Problemi giuridici*, in Atti del V congresso nazionale di scienza delle assicurazioni, cit., p. 85 ss.

all'erogazione di sussidi per i soggetti che si trovano a dovere fronteggiare determinate condizioni di disagio.

I soci costituiscono il fulcro delle mutue intorno a cui si organizza l'attività. Il rapporto con gli aderenti all'organismo è un rapporto *uberrimae fidei* essendo basato sul concetto di fiducia quale pre-condizione di una relazione duratura.

Anche quando l'ente mutualistico, distinto dalla mutua assicuratrice, eroga servizi assicurativi, come nel caso delle società di mutuo soccorso nella sanità integrativa, nello stipulare contratti collettivi cui far aderire come assicurati i propri soci, effettua un'intermediazione che continua a distinguere l'operazione assicurativa complessiva da quella realizzata con un'assicurazione a premio.

La scarsità di risorse da impegnare nell'erogazione di servizi sanitari ha portato ad una generale riflessione circa l'opportunità, per non dire la necessità di organizzare la domanda di servizi sanitari e sociali attraverso una struttura multi-pilastro (pubblico e privato), laddove nel privato devono essere ricomprese le imprese di assicurazione che erogano coperture per il rischio malattia.

Al riguardo diviene importante segnare il confine tra enti mutualistici e assicurazioni private nelle quali le caratteristiche dell'oggetto della copertura e la presenza di forti asimmetrie informative rende il rapporto inefficiente a causa di frequenti fenomeni di selezione avversa (la difficoltà di discriminare i rischi porta ad omogeneizzare i rischi e i premi per cui solo i soggetti con più alto rischio arrivano a ritenere conveniente la copertura) e di azzardo morale che determinano a loro volta un innalzamento dei premi. Nell'assicurazione a premio proprio per la necessità e la difficoltà di compiere una adeguata selezione del rischio al momento dell'assunzione dello stesso è frequente la previsione di coperture solo annuali con rinnovo automatico salva facoltà di disdetta bilaterale, il rischio e il correlato premio sono valutati su base individuale per cui per talune fasce arriviamo a condizioni di inassicurabilità o a condizioni di assicurabilità a premi elevati e insostenibili.

Accanto a queste considerazioni non si può mancare di riconoscere un diverso apporto in termini di valore aggiunto sociale da parte degli organismi mutualistici.

Quello che manca al momento sono parametri che permettano di attribuire valore contabile alle condizioni che danno distintività sociale. Questo al fine di porre in evidenza le caratteristiche valoriali dell'erogazione di sanità integrativa da parte del *non profit* vista la forte competizione degli "assicuratori *for profit*". L'elemento distintivo principale tra fondi e assicurazioni risiede *in primis* nel fatto che le assicurazioni a premio gestiscono il meccanismo assicurativo in modo puramente attuariale secondo una logica di profitto, laddove i secondi si basano su principi di solidarietà tra gli aderenti pur perseguendo obiettivi di economicità gestionale. Gli enti *non profit* della sanità integrativa generalmente ripartiscono il rischio tra gli aderenti e in alcuni casi stipulano un contratto di assicurazione in modo da ridurre la loro esposizione al rischio finanziario.

Lippi, Rago e Ugolini ⁽¹²⁾ hanno dato vita ad una ricerca volta a misurare il valore aggiunto del non profit nel settore sanitario. Si è in particolare cercato di valutare la capacità delle mutue sanitarie integrative di costruire reti di protezione in grado di ampliare ed integrare quelle offerte dal settore pubblico. Gli autori pongono in luce un valore aggiunto culturale (ispirazione e diffusione dei principi solidaristici) e sociale (maggiore interazione tra soci, tra socie e società). Come valore aggiunto economico si nota che il mutualismo e la ripartizione del rischio tra gli aderenti riduce notevolmente comportamenti opportunistici e fenomeni di azzardo morale. Il rischio non è trasferito ad un soggetto terzo, ma ripartito tra gli aderenti. Inoltre non viene effettuata selezione del rischio anche se sono previsti meccanismi (periodi di carenza, scoperti, ecc.) idonei ad evitare condotte opportunistiche e meccanismi di selezione avversa.

L'obiettivo di realizzare una collaborazione tra i diversi pilastri del sistema sanitario dovrebbe portare a rendere il welfare sostenibile rispondendo alle esigenze della collettività. Le mutue sanitarie integrative possono fornire un contributo in tal senso. Interventi legislativi dovrebbero portare a valorizzarle anche sul piano fiscale. Una uniformazione del trattamento fiscale tra mutue e assicurazioni a premio porterebbe ad un impoverimento delle prime. Del resto sistemi avanzati nella sanità integrativa come la Francia ammettono ai benefici fiscali anche le imprese di assicurazione purché sussistano strette condizioni e in particolare purché le stesse eroghino anche polizze di solidarietà ⁽¹³⁾. Di recente il ministro delle finanze francese ha emesso una circolare volta a precisare le condizioni per l'agevolazione fiscale ⁽¹⁴⁾.

¹² *Il ruolo delle mutue sanitarie interative*, Bologna, 2012

¹³ Cfr. JEAN-MARIE ANDRE, *L'assurance maladie complémentaire en France : état des lieux et perspectives*, in RDSS 2011 p. 210 ; MICHEL BORGETTO, *Les complémentaires santé, renouveau ou déclin de l'assurance maladie ?*, RDSS 2014 p. 789 ; BRIGITTE DORMONT, *La couverture des soins par les assurances-maladie obligatoire et complémentaires : quels enjeux pour le système de soins ?*, in RDSS 2014 p. 806.

¹⁴ Circulaire n° DSS/SD2A/SD3C/SD5D/2015/30 du 30 janvier 2015 relative aux contrats d'assurance maladie complémentaire bénéficiant d'aides fiscales et sociales (NOR : AFSS1502895C) La présente circulaire apporte des précisions quant aux dispositions que doivent respecter les contrats complémentaires en santé pour bénéficier des aides fiscales et sociales attachées aux contrats responsables suite aux modifications introduites par l'article 56 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 et par le décret n° 2014-1374 du 18 novembre 2014. Elle rappelle les dispositifs fiscaux et sociaux particuliers qui s'attachent à ces contrats, précise le contenu du nouveau panier de soins qu'ils doivent couvrir, les modalités d'entrée en vigueur de cette réforme ainsi que son application en cas de contrats multiples.

Numero: 1 del 2017
Autore: **Angela Di Padova**
Dottoranda di ricerca
Università degli studi delle Tuscia

L'assistenza tutelare: necessario strumento di garanzia della dignità umana.

Indice: 1. La vicenda processuale; 2. La competenza a determinare i livelli essenziali di assistenza; 3. La discrezionalità politica del legislatore statale e i vincoli costituzionali; 4. La conformità della disciplina regionale rispetto ai livelli essenziali stabiliti dallo Stato; 5. L'integrazione delle prestazioni sociali e sanitarie attraverso il terzo settore.

1. La vicenda processuale.

È ormai all'ordine del giorno sentir parlare di tagli alla spesa e giustificare la riduzione dei servizi prestati ai cittadini sulla base della scarsità delle risorse a disposizione dello Stato e degli enti territoriali.

In particolare, diverse pronunce sia delle Corti territoriali sia del Consiglio di Stato sono intervenute in materia di livelli di assistenza al fine di chiarire nei singoli casi se le prestazioni non (più) erogate dalle Regioni rientrassero o meno in quei livelli essenziali stabiliti a livello statale.

Un caso emblematico è costituito dal ricorso presentato da alcuni enti a formazione sociale al TAR Piemonte, che, con la sentenza n. 156 del 21 gennaio 2015, ha annullato le deliberazioni della Giunta Regionale Piemonte 30 dicembre 2013 n. 25-6992, 30 dicembre 2013 n. 26-6993 e 27 gennaio 2014 n. 5-7035, nonché alcune determinazioni dirigenziali (d.d. 19 novembre 2013, n. 933¹ e d.d. 28 gennaio 2014, n. 23), che, al fine di raggiungere gli obiettivi strutturali del Piano di rientro dal disavanzo della spesa sanitaria, riorganizzano (tra l'altro) il sistema di prestazioni domiciliari in favore degli anziani non autosufficienti.

Le ricorrenti lamentavano l'esclusione dai LEA delle prestazioni domiciliari in lungo-assistenza, in favore degli anziani non autosufficienti, poiché classificate come prestazioni di natura socio-assistenziale "con l'unica eccezione delle prestazioni rese dagli operatori socio-sanitari". In particolare, il par. n. 14.4.2 dell'Allegato A dell'impugnata D.G.R. n. 25-6992 del 30 dicembre 2013, con riguardo alle prestazioni domiciliari rese in favore degli anziani non autosufficienti, dispone che "la compartecipazione dell'utente/Comune avviene esclusivamente sulle prestazioni socio-sanitarie di assistenza tutelare alla persona e non su quelle puramente sanitarie, mediche, infermieristiche e riabilitative. In relazione alle suddette prestazioni socio-sanitarie di assistenza tutelare, l'A.S.L. assume a proprio carico il 50% del costo, definito con riferimento al costo/orario OSS, mentre il restante 50% è a carico dell'utente/Comune". Dunque, il nuovo sistema delineato dalla regione Piemonte pone a carico del SSN la quota per il solo intervento dell'operatore socio-sanitario, escludendo le altre prestazioni di assistenza domiciliare (c.d. assistenza tutelare) rese da operatori privi di una specifica formazione professionale (ad esempio familiari o badanti). Ne

¹ Rubricata "Ricognizione costi extra LEA anno 2012" che tra le altre cose individua come prestazione non rientrante nei livelli essenziali di assistenza (c.d. Lea) l'erogazione del c.d. assegno di cura e dei contributi economici pari al 50% del valore delle prestazioni di assistenza tutelare finalizzate a garantire la permanenza del paziente non autosufficiente presso il proprio domicilio; mentre la delibera n. 23 del 28 gennaio 2014 suddivide tra le varie ASL regionali le somme disponibili per l'erogazione delle prestazioni domiciliari in lungo-assistenza.

consegue che il contributo monetario a sostegno della domiciliarità, prima erogato dalle ASL per rimborsare i familiari delle spese sostenute per l'assistenza al soggetto non autosufficiente, viene ora interamente accollato al comparto assistenziale (utenti o Comuni).

Il Tribunale Amministrativo accoglie il ricorso e annulla gli atti impugnati, sostenendo che nella locuzione “*assistenza tutelare alla persona*”, delineata dall'Allegato 1C del d.P.C.M. 29 novembre 2001, debbano essere ricondotte anche le prestazioni di assistenza tutelare prestate da operatori non professionali, con conseguente mantenimento del 50% del loro costo a carico del Servizio sanitario. Tale opzione ermeneutica, infatti, è ritenuta maggiormente conforme al dettato costituzionale.

La Corte territoriale, infatti, è certo ben consapevole che “*il diritto ai trattamenti sanitari (ovvero anche socio-sanitari) necessari per la tutela della salute è bensì condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti*” - il riferimento è in particolare alle esigenze della finanza pubblica - “*salva, in ogni caso, la garanzia di un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione*”.²

Pertanto, secondo il TAR Piemonte la composizione dei due contrapposti interessi (tutela della salute e vincoli di spesa) non può risolversi nella violazione dei LEA: sono piuttosto gli enti pubblici a dover provvedere ad una diversa allocazione delle risorse disponibili, atta a garantire il compromesso costituzionale.

Di diverso avviso, invece, è il Consiglio di Stato, che, pronunciandosi sulla medesima vicenda con la sentenza n. 5538 del 7 dicembre 2015,³ riforma la sentenza di primo grado e, pur riconoscendo che le prestazioni socio-sanitarie abbiano il carattere di essenzialità, ritiene che nel “*bilanciamento di interessi, tutti di pari rango costituzionale, la tutela del diritto alla salute può trovare accoglimento nei limiti delle risorse finanziarie disponibili*”.⁴

In particolare, il Consiglio di Stato, pur ammettendo che alla luce del “*D.P.C.M. del 2001 le prestazioni domiciliari agli anziani non autosufficienti rientrino genericamente nei LEA (cfr. art. A.1 punto 2 lett. G “assistenza programmata a domicilio (assistenza domiciliare integrata, assistenza programmata domiciliare, comprese le varie forme di assistenza infermieristica territoriale)”*”, per definire l'ampiezza e la tipologia delle prestazioni che vi sono incluse concentra l'attenzione sul limite derivante dal piano di rientro,⁵ giustificando così una pericolosa differenziazione territoriale a seconda delle risorse.

Da qui la conclusione che “*la limitazione delle risorse impedisce legittimamente di coprire interamente la spesa per prestazioni di carattere socio - sanitario, che pur avendo carattere di essenzialità, siano assicurate ad un livello maggiore rispetto al rimanente territorio nazionale*”.⁶

La qualificazione del Supremo Collegio dell'assistenza tutelare (non professionale) come “*extra-lea*” appare poco convincente e sembra motivata piuttosto dalla preoccupazione del contenimento della spesa regionale: infatti, o l'assistenza tutelare riveste il carattere dell'essenzialità e quindi deve

² TAR Piemonte sent. n. 156 del 21 gennaio 2015, 5.2 (reperibile su pluris.it). Si accenna qui solo brevemente alla perplessità che la nozione di nucleo duro di un diritto suscita. L'interpretazione, infatti, rischierebbe di diventare arbitraria laddove, oltre ad individuare le facoltà e i poteri del diritto tutelato, pretendesse di collegare effetti giuridici a nozioni che non trovano riscontro nella lettera della Costituzione o della legge. Così il “contenuto minimo” dei diritti. In questo senso cfr. PRINCIPATO L., *La immediata precettività dei diritti sociali e << il contenuto minimo >> del diritto fondamentale alla salute*, in Giur. Cost., 1998, fc 6, p. 3858; e CARETTI P., *I diritti fondamentali*, Giappichelli, 2011 pp. 522 ss.

³ Reperibile sul portale giustizia-amministrativa.it

⁴ Consiglio di Stato, sent. n. 5538/2015, pf. 1.3 (reperibile su pluris.it). E' appena il caso di precisare che fra le esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali non potrebbe neanche parlarsi di bilanciamento, data la disomogeneità dei fattori di riferimento: il “fine” del soddisfacimento dei diritti sociali è posto sullo stesso piano del “mezzo” (l'efficienza economica). Così LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso, CEDAM, 1995, p. 126 ss.

⁵ Consiglio di Stato, sent. n. 5538/2015, pf. 1.4

⁶ Consiglio di Stato, sent. n. 5538/2015, pf. 1.3

essere garantita dalle regioni; oppure si pone a un livello superiore rispetto alla soglia essenziale, rientrando così nella discrezionalità politica (ed economica) delle regioni provvedere a essa.

2. La competenza a determinare i livelli essenziali di assistenza.

Per rispondere al quesito di fondo sollevato dalle ricorrenti alla Corte territoriale, ovvero se l'assistenza tutelare rientri nella soglia dei livelli essenziali di assistenza, è necessario chiarire quale sia l'ente a cui spetta la potestà legislativa in materia.

Preliminarmente, merita osservare che il diritto alle prestazioni mediche è un diritto sociale a prestazione positiva da parte dello Stato o altri enti pubblici, condizionato cioè dall'attuazione legislativa:⁷ la pretesa del singolo è subordinata, quindi, alle modalità che il legislatore, nell'ambito della funzione di indirizzo politico, abbia a strutturare.⁸

Tale diritto, dunque, trova fondamento non solo nell'art. 32 Cost., ma anche nell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., che affida allo Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Tale disposizione, devolvendo alla legge statale la fissazione dei LEP, le attribuisce il fondamentale compito di selezionare le prestazioni che, rivestendo il carattere dell'essenzialità, devono essere assicurate *uniformemente* su tutto il territorio nazionale⁹ (a prescindere dal luogo di residenza degli

7 Si tralascia la disputa sulla natura da attribuire al diritto alla salute, che è stato qualificato ora come interesse legittimo, cfr. PIGA F., *Diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi diffusi e tutela giurisdizionali*, in Giust. civ. 1980, p. I, 704; ora come diritto soggettivo perfetto, cfr. ALPA, *Salute*, in Nuovissimo Digesto, VI, UTET, 1986, 913. D'altronde tale incertezza nella qualificazione persiste anche in giurisprudenza. Tali diritti sarebbero "condizionati", nel senso che il loro godimento dipende dall'esistenza di un'organizzazione che eroga le prestazioni, BALDASSARRE A., voce *Diritti sociali*, Enc. Giur., vol. XI, p. 30. CARETTI P., *I diritti fondamentali*, Giappichelli, 2011, pp. 490 ss., precisa che l'assenza di un intervento pubblico in merito non fa venir meno l'esistenza del diritto, ma incide solo sulle modalità di garanzia: insomma, il diritto esiste perché creato dalla Costituzione non perché è stata predisposta una struttura pubblica per erogare il servizio, lasciando così aperti margini per un sindacato di costituzionalità sulle scelte del legislatore nel bilanciamento con altri interessi costituzionalmente garantiti e con i vincoli delle risorse pubbliche. La questione sul bilanciamento del diritto alle prestazioni e le risorse disponibili non può essere approfondita in questa sede; per una ricostruzione dettagliata e aggiornata si rinvia, tra gli altri, a MORANA D., *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, 2015, pp. 84 ss., che riassume anche le posizioni assunte dalla Corte costituzionale.

8 FERRARI E., *L'assistenza indiretta tra contenuto e modalità di esercizio del diritto alla salute*, in *Le Regioni*, 1992 fc. 6 p. 1732 ss. V. anche FERRARI E., *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta <<indispensabile>>?*, in *Le Regioni*, 1989, fc. 6, pp. 1931 ss., in cui l'A., oltre a sottolineare la vaghezza e genericità della caratteristica dell'indispensabilità, tale da poter essere configurata diversamente a seconda della cultura e sensibilità dell'operatore che di volta in volta è chiamato a decidere, riflette sulla circostanza che se effettivamente l'unico discrimine al rimborso delle spese per le prestazioni sanitarie dovesse essere il carattere dell'indispensabilità o meno della prestazione, le ipotesi di tali rimborsi risulterebbero particolarmente numerose con una forte incidenza sulla finanza pubblica, poiché il medico potrebbe indicare come cura alla malattia anche una terapia erogata da qualunque clinica/ospedale all'estero, giungendo alla pragmatica conclusione che "un diritto ad ottenere qualunque cosa risulta essere veramente prossimo al diritto a non ottenere nulla". Infatti, poiché i diritti sociali sono collegati ai doveri di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, il diritto alla prestazione di ogni cittadino va contestualizzata: non esiste solo il diritto del singolo ad ottenere qualunque prestazione, ma anche il diritto degli altri consociati considerati sia complessivamente come gruppo che mette a disposizione le risorse per finanziare tali prestazioni sia singolarmente come titolari del diritto a ricevere a loro volta le medesime prestazioni sanitarie. CINTIOLI F., *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, in AA.VV. *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Giappichelli, 2011, pp. 42 ss.

9 MOLASCHI V., *Dei livelli essenziali delle prestazioni*, in Ragusano, 2004, n. 237/238, pp. 34. Sulla necessità di uniformità dei LEA su tutto il territorio nazionale *ex multis* Corte cost. sent. n. 203 del 13 giugno 2008 su giurcost.org.; Corte cost. sent. n. 282 del 26 giugno 2002, pf. 3 del motivato in diritto, su giurcost.org, dove la Corte chiarisce che "non costituiscono una "materia" in senso stretto, ma individuano una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che il legislatore regionale possa limitarle o condizionarle".

aventi diritto alla prestazione),¹⁰ precludendo, così, alle Regioni qualsiasi rivendicazione di autonomia a riguardo.¹¹

Ne consegue che l'essenza della locuzione *de qua* risiede nella garanzia di una uniformità su tutto il territorio nazionale raggiunta attraverso la realizzazione di un insieme di prestazioni che le Regioni devono erogare a livello territoriale, potendo sussistere una differenziazione solo su un *quid pluris* rispetto alle prestazioni essenziali stabilite dallo Stato.¹² Infatti, anche nella prospettiva di un contenimento della spesa, ciò che con il limite dell'essenzialità il legislatore costituzionale vuole garantire non è l'assenza di differenziazioni *tout court*, bensì assicurare l'erogazione di un nucleo essenziale e uniforme di prestazioni stabilito dal legislatore statale, lasciando alle Regioni la possibilità, qualora abbiano risorse a disposizione, di incrementare le prestazioni indicate dallo Stato.¹³ Al contrario, la Regione non potrà, invocando la scarsità delle risorse o i vincoli del Piano di rientro, garantire prestazioni inferiori alla soglia *essenziale* stabilita dal legislatore statale.¹⁴

3. La discrezionalità politica del legislatore statale e i vincoli costituzionali.

Da quanto finora argomentato potrebbe sembrare che la Costituzione abbia lasciato la definizione dei livelli essenziali alla discrezionalità politica del legislatore statale.

10 V. in questo senso GIGLIONI F., *La tutela dei diritti di assistenza sociale e sanitaria dopo l'introduzione in costituzione dei livelli essenziali*, in www.astrid-online.it, pf. 3; anche se l'autore sottolinea come l'individuazione concreta possa essere rimessa alle Regioni ex art. 117, comma 6 Cost.

11 Salva la possibilità per le Regioni di innalzare la soglia dei livelli al di là di ciò che è essenziale, purché riescano a reperire le risorse necessarie.

12 FERIOLI E. A., *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia ed eguaglianza*, in *Le Regioni*, 2/2006. Tale interpretazione è suffragata da una lettura unitaria delle norme costituzionali: l'art. 120 Cost., infatti, al secondo comma riconosce al Governo il potere di sostituirsi alle Regioni per "la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali", affinché l'autonomismo non pregiudichi la parità dei diritti dei cittadini. LUCIANI M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *POLITICA DEL DIRITTO* / a. XXXIII, n. 3, settembre 2002 pp. 349 ss.

13 Per far fronte agli obblighi derivanti dai vincoli europei il legislatore costituzionale ha riformulato non solo l'art. 81 Cost., ma anche gli artt. 97, 117 e 119 Cost. affinché anche i livelli territoriali si adeguino ai nuovi principi di finanza pubblica.

In particolare, il nuovo art. 117 Cost. trasforma la potestà legislativa in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici da concorrente ad esclusiva; mentre il neoarticolo 119 Cost. vincola anche gli enti territoriali al rispetto dell'equilibrio di bilancio e stabilisce espressamente che essi devono assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, riconoscendo allo Stato, unico responsabile verso l'UE, il potere di imporre limiti all'autonomia finanziaria degli enti territoriali. Tuttavia, a differenza di quanto dispone l'art. 81 Cost. nei confronti del bilancio statale, l'art. 119 Cost. non prevede per gli enti locali la possibilità di ricorrere all'indebitamento in caso di eventi eccezionali o crisi economiche: sarà sempre lo Stato a gestire eventuali squilibri economici e a individuare gli interventi atti a finanziare i livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale e a prescindere dalle avverse condizioni economiche. Così GOLINO C., *I vincoli al bilancio tra dimensione europea e ordinamento nazionale: le possibili ricadute sul welfare*, in *L'erogazione delle prestazioni tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di M. Sesta, Maggioli Ed., 2014, pp. 680 ss.; cfr. anche l. cost. n. 1/2012, secondo cui lo Stato concorre ad assicurare il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali nelle fasi avverse del ciclo economico o al verificarsi degli eventi eccezionali, anche in deroga all'articolo 119 della Costituzione (art. 5, co. 1, lett. g).

14 Il piano di rientro, dunque, "persegue contestualmente e paritariamente due ordini di obiettivi vincolanti e sottoposti a penetranti controlli nelle sedi nazionali, con conseguenti meccanismi premiali o sanzionatori: a) l'esigenza di ripristinare l'equilibrio economico-finanziario del sistema sanitario regionale interessato; b) la necessità di salvaguardare il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni secondo gli standard acquisiti in campo nazionale." (cfr. Consiglio di Stato, sent. 5538 del 2015, pf. 1.5).

Contrastano con gli scopi del piano di rientro e con tutta la disciplina a monte solo le Regioni sottoposte ai piani di rientro che abbiano previsto ulteriori interventi in materia di organizzazione sanitaria non contemplati nel piano oppure abbiano aumentato la soglia dei livelli di assistenza sanitaria rispetto a quelli essenziali previsti dalla normativa statale.

Così non è. È certamente innegabile che nessun ordinamento giuridico può soddisfare tutti i bisogni avvertiti come irrinunciabili da parte del cittadino-utente;¹⁵ resta il fatto, però, che nella realizzazione dei diritti fondamentali (e in particolare nella tutela della salute) il legislatore non possa agire arbitrariamente, rimanendo pur sempre soggetto ai principi che in proposito detta la Costituzione.¹⁶

Il legislatore costituzionale ha operato una scelta precisa: ha accolto la locuzione “livelli essenziali”, escludendo un totale rinvio alla valutazione politica (come il riferimento a livelli minimi poteva far presumere) e ha lasciato intendere che l’essenzialità delle prestazioni dovesse essere valutata dal legislatore alla luce della Carta costituzionale.¹⁷

Pur nella consapevolezza che l’esatto contenuto della locuzione non è agevole,¹⁸ non si può dubitare che il riferimento ai livelli *essenziali* non riguardi tanto la necessità di limitare l’ammontare delle prestazioni erogate per contenere la spesa, quanto piuttosto combinare il rispetto dei vincoli della finanza pubblica con l’ineluttabile tutela dei diritti costituzionali, al fine di superare “squilibri socio-economici territoriali evidentemente perduranti”.¹⁹

L’art. 117, comma 2, lett. m), Cost., dunque, non è soltanto una disposizione che disciplina il riparto di competenze tra Stato e Regioni, ma vincola lo stesso legislatore statale che nell’espletamento del suo compito deve individuare come *essenziali* i livelli funzionali alla realizzazione del disegno costituzionale.

I diritti sociali, infatti, la cui “garanzia costituisce un connotato ineliminabile della forma di Stato”,²⁰ realizzano il presupposto per esercitare anche le libertà civili e politiche, fondamenta di un ordinamento democratico,²¹ poiché l’effettiva partecipazione all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese può compiersi solo se il singolo è affrancato dai bisogni primari.²²

15 FERRARA R., *Salute (diritto alla)*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XIII, UTET, 1997, pp. 526 ss.

16 FERRARI E., *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità*, in *Le Regioni*, 1991, fc 5, pp. 1513 ss.

17 V. ANTONINI L., *Art. 117, 2, 3, 4 co.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco R., Celotto A., Olivetti M., UTET, p. 2238. Il concetto di livello minimo avrebbe fatto pensare a un parametro da rapportare principalmente alla dimensione finanziaria, per cui sarebbero “minimi i livelli che il sistema pubblico riesce a garantire a fronte di una dotazione vincolata di risorse, a prescindere dai principi ispiratori dello stesso sistema di erogazione”. Così BALBONI E., *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 6/2001, pp. 1109 ss. Al contrario la nozione di essenzialità sembra indicare come fine il raggiungimento di determinati obiettivi di giustizia distributiva.

18 In via di principio, la determinazione concreta di tali livelli, oggetto di una decisione politica, è riservata al legislatore statale, anche se tale decisione ovviamente rimane pur sempre sottoposta all’eventuale scrutinio del giudice costituzionale. In ogni caso, non si può fare a meno di notare che il concetto di livello «essenziale» è relativo, poiché dipende sia dalla condizione soggettiva del beneficiario sia dalla condizione della generalità o della media dei consociati, a cui paragonare la situazione del singolo. LUCIANI M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Politica del diritto* / a. XXXIII, n. 3, settembre 2002, p. 352. V. anche LUCIANI M., *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in AA.VV. *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Giappichelli, 2011.

19 PINELLI C., *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2002, p. 887.

20 CIOLLI I., *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 2012, fc.3, p. 16. Cfr. HABERLE P., *Stato costituzionale: III*, in *Enc. Giur.*, 2000, p. 13; cfr. anche SAITTO F., *Quando l’esigenza di tutela della dignità fonda, nell’emergenza economica, la competenza statale*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 186.

21 STRAZIUSO E., *La carta sociale del consiglio d’Europa e l’organo di controllo: il comitato europeo dei diritti sociali. Nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, *gruppodipisa.it*, p. 19.

22 POLITI F., *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Giappichelli, 2011, p. 104.

Essenziali, dunque, sono quelle prestazioni che proteggono la dignità umana e si rivelano indispensabili a sviluppare una comunità meno diseguale a sostegno di coloro che quotidianamente vivono in situazioni di disagio ed emarginazione.²³

L'assistenza tutelare, pertanto, è un mezzo attraverso il quale si dà concreta attuazione sia all'art. 2 Cost., che tutela la persona e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, sia all'art. 3, comma 2 Cost., secondo cui incombe sulla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, proponendo, così, un modello sempre *in fieri*, che si evolve per tendere allo sviluppo della personalità umana e alle rimozioni delle disparità che di volta in volta si palesano.²⁴

Tale interpretazione trova sostegno anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, dove già nel Preambolo si afferma che l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali tra i quali la dignità umana,²⁵ e nello specifico il Titolo III contempla i diritti del minore (art. 24) e degli anziani (art. 25) e il diritto all'inserimento delle persone con disabilità (art. 26).

Insomma, l'assistenza tutelare offerta alla persona non autosufficiente, sebbene non sia strettamente finalizzata alla guarigione, risponde ad un innegabile bisogno di tutela della dignità della persona, propedeutica all'esercizio dei diritti di libertà e sociali.²⁶

Ragionando diversamente, l'interprete si allontana dalla realtà: molte prestazioni, infatti, sono direttamente connesse alla tutela della salute (somministrazione diretta dei farmaci ai malati, semplici medicazioni indicate dai sanitari stessi, rilevazione e registrazione dei dati clinici anche al fine di accertare tempestivamente uno stato di emergenza), mentre altre sono comunque funzionali al soddisfacimento di esigenze vitali (assistenza nelle principali attività della vita quotidiana, come alzarsi, vestirsi, lavarsi, somministrazione di bevande e cibo, anche mediante imboccamento o con tecniche sanitarie) e indispensabili ad attutire lo stato lesivo della dignità che la malattia già di per sé comporta.

L'evoluzione della scienza medica, poi, tende a qualificare come "sanitarie" non solo le azioni che mirano alla guarigione definitiva, ma anche quelle che ostacolano o ritardano l'aggravamento del decorso morboso o, nella fase terminale, alleviano il dolore.²⁷

D'altronde, tale posizione è in linea con l'orientamento dell'OMS, che definisce la salute come stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non solo come assenza di malattia o inabilità,²⁸ e con la Convenzione di New York del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con

23 In questo senso cfr. PRINCIPATO L., *L'integrazione sociale, fine o condicio sine qua non dei diritti costituzionali?*, in *Giur. Cost.*, 2013, p. 3295. Cfr. PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, CEDAM, 2003, pp. 147 ss., dove l'A. richiama il pensiero di Piero Calamandrei, secondo cui i diritti sociali hanno la funzione di garantire a ciascuno un minimo di "giustizia sociale". Cfr. CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, in *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1968, p. 194.

24 CIOLLI I., *I diritti sociali al tempo della crisi*, cit., pp. 8 ss. Lo sviluppo della persona umana è sempre progressivo ed è riconosciuto tale anche da A. BALDASSARRE, *Voce Diritti sociali*, cit., pp. 10-12, secondo cui i diritti sociali, espressione della dignità umana, si adeguano in base al progressivo sviluppo di quest'ultima.

25 Per un approfondimento sul tema della dignità umana, v. MONACO G., *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del diritto* / a. XLII, n. 1, marzo 2011, pp. 45 ss.

26 V. BALDASSARRE A., *voce Diritti sociali*, cit., p. 11, il quale ricorda come la dignità umana sia diretta a tutelare l'uomo anche dalle privazioni materiali e costituisce il fondamento dei diritti sociali e dei relativi doveri di prestazione.

27 BANCHERO A., *I livelli essenziali delle prestazioni nell'ambito dei servizi alla persona: dalla tutela della salute alla protezione sociale*, in *Quaderni regionali*, 2008, fc 2, p. 475.

28 LAMONACA V., *Il diritto ad un'assistenza sanitaria: il caso della <<riabilitazione motoria intensa e continuativa>>*, in *Ragiusan*, 2013, nn. 345-347, p. 202

disabilità (ratificata con l. 3 marzo 2009, n. 18), che “*si basa sulla valorizzazione della dignità intrinseca, dell'autonomia individuale e dell'indipendenza della persona disabile*”.²⁹

Infatti, se si intendesse il diritto alla salute solo come diritto alle cure necessarie per la guarigione da una malattia, non troverebbero tutela coloro che sono affetti da patologie incurabili, ma sulle quali è possibile intervenire con rimedi adatti a ridurre la sofferenza e a migliorare la qualità della vita.³⁰

Non a caso la recente l. n. 112 del 2016 sulle “Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive di sostegno familiare” (la c.d. legge per il “Dopo di Noi”) enuncia espressamente il fine di “favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con (grave) disabilità” (art. 1), stanziando per le misure di assistenza, cura e protezione a favore delle persone con disabilità grave un Fondo, destinato, tra le altre cose, ad attivare e potenziare programmi di intervento volti a supportare “la domiciliarità” anche in abitazioni o gruppi-appartamento che riproducano le condizioni abitative e relazionali della casa familiare (art. 4).³¹

Dunque, l'interesse primario della legge è “il coinvolgimento dei soggetti interessati [...] nel rispetto della volontà delle persone con disabilità grave, ove possibile, dei loro genitori o di chi ne tutela gli interessi” (art. 1), favorendo percorsi di deistituzionalizzazione a vantaggio dell'ambiente familiare.

4. La conformità della disciplina regionale rispetto i livelli essenziali stabiliti dallo Stato.

Alla luce di tale ricostruzione, la legittimità della disciplina regionale oggetto delle pronunce *de quibus* deve essere valutata in base alla normativa statale che, determinando i livelli di assistenza, dà concreta attuazione alla disposizione costituzionale, ovvero l'art. 1 del d.lgs. n. 502 del 1992, che individua le prestazioni sociali a rilevanza sanitaria (cfr. art. 3 *septies*, comma 2 lett. b, d.lgs. n. 502/1992), e soprattutto il d.P.C.M. 29 novembre 2001, Allegato 1.C, par. n. 7, lett. e), che pone le prestazioni di “assistenza tutelare alla persona” a carico, per il 50%, del Servizio sanitario e, per il restante 50%, dell'utente o del Comune.

Innanzitutto, non è possibile ignorare il dato letterale: la lett. e) del suddetto d.P.C.M. menziona espressamente accanto alle prestazioni di aiuto infermieristico l'assistenza tutelare alla persona senza specificare la qualifica professionale (ad esempio infermiere oppure OSS) o meno dell'operatore, lasciando chiaramente intendere che siano garantite oltre alle prestazioni strettamente sanitarie anche quelle che, pur non qualificabili tali, sono fondamentali per la vita della persona.

Inoltre, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che nel “settore sanitario esiste attualmente una precisa procedura, individuata con fonte legislativa, per la determinazione di quanto previsto nell'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione e che questa determinazione è intervenuta appunto con il d.P.C.m. 29 novembre 2001”.³² Tale procedimento di definizione dei

²⁹ Così Cons. Stato Sez. V, sent. n. 5185 del 16 settembre 2011 (su pluris-cedam.utetgiuridica.it), che legge in combinato disposto la Convenzione e i principi di uguaglianza e di tutela della dignità della persona, affinché si valorizzi la dignità del disabile di per sé, come soggetto autonomo, indipendentemente dal contesto familiare in cui è collocato, anche se ciò può comportare un aggravio economico per gli enti pubblici.

³⁰ LAMONACA V., *Il diritto ad un'assistenza sanitaria*, cit., p. 204. Infatti, anche laddove un recupero è impossibile, le prestazioni erogate non diventano di natura assistenziale perché ormai finalizzate solo al mantenimento stabile delle condizioni cronicamente critiche del malato, ma rientrano nelle “cure” anche se si propongono il mantenimento di buone condizioni psico-fisiche. Cfr. BANCHERO A., *I livelli essenziali*, cit. p. 478. Cfr. Cons. St. sent. n. 7766 del 29 novembre 2004, in *Foro Amm.*, CDS, 2004, fc 11, p. 3254.

³¹ Per un commento sulla c.d. Legge “Dopo di noi” v. DI MAGGIO E., *La Legge per il “dopo di noi”*, in *Notariato*, 2016, fc 4, pp. 427 ss.

³² Corte cost. sent. n. 88 del 27 marzo 2003, pf. 4 del motivato in diritto, su giurcost.org. La Corte costituzionale, inoltre, ritiene che il procedimento seguito per la determinazione dei LEA, sia idoneo a garantire il contemperamento tra le esigenze di unitarietà dell'ordinamento e le competenze

LEA rispetta i principi costituzionali sul riparto di competenze e di leale collaborazione tra Stato e Regioni, sicché la normativa della Regione Piemonte è illegittima proprio perché invasiva della sfera di competenza statale.

Merita precisare che da un alto la lett. m) dell'art. 117, comma 2, Cost. attribuisce allo Stato uno strumento fondamentale per assicurare su tutto il territorio nazionale l'uniformità dei livelli di assistenza;³³ dall'altro tale materia si sovrappone con la competenza regionale in materia di salute e con l'autonomia finanziaria di tali enti.

Pertanto, la Corte costituzionale ha indicato, a tutela della potestà regionale, precise garanzie che si sostanziano da un lato in una riserva di legge statale (almeno relativa) e dall'altro nella previsione di forme di coinvolgimento degli enti regionali (cfr. Corte cost. sent. nn. 88 del 2003 e 134/2006),³⁴ in ossequio al principio di leale collaborazione.

In altre parole, il bilanciamento tra l'uniformità delle prestazioni attribuita allo Stato e l'autonomia regionale è costituito dall'intervento del legislatore statale, che "dovrà determinare inoltre adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni e articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori".³⁵

E tale procedura è stata determinata dall'art. 54 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2003), che ha previsto esplicitamente come i livelli essenziali siano adottati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, ovvero ricalcando l'iter indicato per l'approvazione d.P.C.M. del 2001 dalla l. n. 405/2001, che emenda l'art. 6 del d.l. 18 settembre 2001, n. 347.³⁶

Se, tuttavia, la normativa regionale impugnata dinanzi al TAR Piemonte doveva essere valutata alla luce di tali fonti statali, in questa sede non si può non rendere conto della nuova disciplina intervenuta in materia.

In particolare, il nuovo d.P.C.M. sui Lea, presentato dal Ministro della Salute il 2 febbraio 2015 e ormai prossimo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, sembra indicare una soluzione diversa. Il Capo IV, *Assistenza sociosanitaria*, dispone, infatti, all'art. 22 che le cure domiciliari, come risposta ai bisogni delle persone non autosufficienti e in condizioni di fragilità, si completano con le prestazioni di assistenza sociale e di supporto alla famiglia, secondo quanto previsto dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 febbraio 2001 recante "Atto di indirizzo e coordinamento sull'integrazione sociosanitaria" e in particolare sono integrate da prestazioni di aiuto infermieristico e assistenza tutelare professionale alla persona.

Tali prestazioni di aiuto infermieristico e assistenza tutelare professionale, erogate secondo i modelli assistenziali disciplinati dalle regioni, sono a interamente carico del Servizio sanitario nazionale per i primi trenta giorni dopo la dimissione ospedaliera protetta e per una quota pari al 50 per cento negli altri casi (art. 22, comma 4 dell'ultima bozza pubblicata su sanità24).

regionali. Cfr. anche TUBERTINI C., *I livelli essenziali di assistenza sanitaria e l'effettività del diritto alla salute*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 5/2006, pp. 509 ss.

33 ANDRONIO A., *I livelli essenziali delle prestazioni sanitarie nella sentenza della Corte costituzionale 13-27 marzo 2003*, n. 88, in *federalismi.it*, p. 5.

34 MORANA D., *Tutela della salute*, in *Le materie di competenza regionale. Commentario*, a cura di Guzzetta G., Marini F.S., Morana D., *ESI*, 2015, pp. 589 ss; v. anche CARPANI G., MORANA D., *Le competenze legislative in materia di <<tutela della salute>>*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di Balduzzi R., Carpani G., Il Mulino, 2013, p. 94.

35 Corte cost. sent. n. 88 del 2003 pf. 4 del considerato in diritto.

36 Ne consegue che è possibile discostarsi da tale procedura purché ciò avvenga con atto di fonte primaria e la nuova modalità di definizione rispetti il principio di leale collaborazione con gli enti territoriali. Cfr. BELLETTI M., *I «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...» alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca di un parametro plausibile*, in *Ist. Fed.*, 2003, p. 635.

Dunque, in materia di livelli essenziali socio-sanitari l'atto di riferimento non sarà più solamente il nuovo d.P.C.M. sui Lea (sostitutivo del d.P.C.M. 29 novembre 2001) ma anche, in quanto espressamente richiamato da questo, il d.P.C.M. 14 febbraio 2001 *Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie*. In particolare, l'art. 3 di tale ultimo decreto specifica che: "Sono da considerare prestazioni sociali a rilevanza sanitaria tutte le attività del sistema sociale che hanno l'obiettivo di supportare la persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute. Tali attività, di competenza dei comuni, sono prestate con partecipazione alla spesa, da parte dei cittadini, stabilita dai comuni stessi e si esplicano attraverso: [...] c) gli interventi di sostegno e di aiuto domestico familiare finalizzati a favorire l'autonomia e la permanenza nel proprio domicilio di persone non autosufficienti", ponendo l'assistenza tutelare per il 50% a carico del SSN e il 50% a carico dei Comuni, fatta salva, però, la compartecipazione da parte dell'utente prevista dalla disciplina regionale e comunale, mentre è al 100% a carico dei Comuni l'aiuto domestico e familiare.

Pertanto, il nuovo decreto in materia considera espressamente a carico del SSN esclusivamente l'assistenza tutelare professionale, mentre esclude sicuramente dalla soglia dell'essenzialità l'aiuto domestico *tout court* che è totalmente a carico dei Comuni.³⁷ Tra queste due prestazioni si colloca una zona grigia costituita dagli interventi (prestati da personale non qualificato) necessari a favorire l'autonomia e la permanenza nel proprio domicilio di persone non autosufficienti e tali prestazioni dovrebbero continuare a rimanere a carico del SSN per il 50% e per il resto a carico di Comuni o utente a seconda della disciplina regionale.

Dunque, il *dicrimen* nella ripartizione dei costi si basa sulla nozione di "prestazioni sociosanitarie", cioè quelle prestazioni che, per dare una risposta globale alle esigenze di salute della persona, presentano caratteristiche proprie dell'azione sanitaria e assistenziale.³⁸

A tale proposito il d.lgs. n. 502/92, art. 3 *septies* definisce prestazioni sociosanitarie tutte "le attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione".

L'aspetto fondamentale è quindi rendere realmente integrabili per l'utente entrambi i livelli.³⁹

5. L'integrazione delle prestazioni sociali e sanitarie attraverso il terzo settore.

Ferme restando le considerazioni sopra esposte, rimane aperta la questione iniziale, ovvero contemperare la scarsità delle risorse finanziarie con il diritto a ricevere assistenza socio-sanitaria.

Continuare a giustificare i tagli alla spesa in nome della stabilità finanziaria non è una via percorribile, a meno di non voler tradire il quadro costituzionale italiano ed europeo che dal secondo dopoguerra si è posto l'obiettivo di combattere la disuguaglianza sociale.⁴⁰ Se si perseverasse in questa direzione, l'unico risultato certo sarebbe un nuovo tipo di dumping sociale, in cui il mancato rispetto da parte degli enti pubblici delle norme poste a garanzia dei diritti sociali consente i risparmi scaricando i costi dell'inefficienza sui cittadini e a tutto svantaggio dei soggetti più bisognosi.

³⁷ È vero che il d.P.C.M. del febbraio 2001 è stato adottato prima della riforma del titolo V, ma, oltre a ricollegarsi alla funzione di indirizzo e coordinamento dello Stato e a trovare copertura nell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost. per la determinazione dei livelli essenziali in materia socio-sanitaria, per quello che interessa al caso di specie, esso è espressamente richiamato dal nuovo decreto sui Lea, che in tale modo opera un raccordo tra le prestazioni che presentano inscindibilmente un'anima sociale e sanitaria.

³⁸ MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, Giappichelli, 2008, p. 218.

³⁹ BANCHERO A., *Comuni, Regioni e livelli essenziali sociosanitari*, in *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, a cura di BALDUZZI R., Giuffè, 2004 p. 51.

⁴⁰ Cfr. CAVASINO E., *Quale modello costituzionale di diritto alla salute*, p. 23, su gruppodipisa.it.

Al contrario è auspicabile propendere per un'allocazione efficiente delle risorse non solo economiche ma anche umane (o sociali)⁴¹ e specificamente valorizzare l'art. 118, comma 4 Cost., coinvolgendo (soprattutto, ma non solo) le associazioni di volontariato.⁴²

In particolare, il principio di sussidiarietà ha una duplice anima: da un lato (non si limita a prescrivere l'astensione del potere pubblico quando i privati sono in grado di soddisfare i bisogni autonomamente, ma) "funzionalizza"⁴³ l'intervento pubblico al soddisfacimento dei bisogni della persona (letto in combinato disposto con l'art. 2 Cost.), dall'altro detta un criterio di riparto delle sfere di azioni tra pubblico e privato.

Merita precisare, infatti, che gli enti pubblici non intervengono solo in un secondo tempo, laddove la sussidiarietà orizzontale fallisca perché i privati non agiscono o apprestano un servizio insoddisfacente,⁴⁴ mantenendo, invece, i pubblici poteri la titolarità e la responsabilità per il buon espletamento delle attività di interesse generale.

L'organizzazione apprestata per soddisfare i bisogni non è un vincolo costituzionale: ciò che la Costituzione impone è, come detto, il raggiungimento degli obiettivi (*in primis* uguaglianza sostanziale e tutela della dignità), ma non cristallizza un modello. Ne consegue, che è possibile scindere la fase della regolazione e del controllo da quella dell'esercizio. In altre parole, l'amministrazione non rinuncia al proprio ruolo demandando ai privati il compito di raggiungere gli obiettivi socialmente rilevanti, ma rimane competente solo per alcuni profili, quali la regolazione, la programmazione e il costante controllo, mentre le formazioni sociali svolgono concretamente le attività assistenziali.⁴⁵ Insomma, il soggetto pubblico può non essere l'erogatore del servizio, ma rimane l'insostituibile garante del rispetto del principio di universalità e controlla l'erogazione e la qualità del servizio reso.⁴⁶

Il principio di sussidiarietà, dunque, non mette a rischio il soddisfacimento dei diritti degli utenti né abbassa gli standard qualitativi; al contrario in un contesto caratterizzato da continue crisi economiche e risorse sempre più limitate da spartire tra un numero sempre crescente di prestazioni potrebbe risultare l'ago della bilancia tra il budget a disposizione degli enti territoriali e le esigenze di tutela invocate dagli utenti in stato di bisogno.

41 Nel senso che non vi è un rapporto automatico tra ammontare del fondo sanitario regionale e rispetto dei livelli essenziali di assistenza, per cui il soddisfacimento di tali livelli non dipende solo dallo stanziamento di risorse, ma anche dalla loro allocazione e utilizzazione, cfr. Corte cost. sent. n. 36 dell'8 marzo 2013, su giurcost.org. Auspica un'allocazione efficiente delle risorse a disposizione per soddisfare la pretesa di tutti i diritti in gioco anche LUCIANI M., *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in AA.VV., *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Giappichelli, 2011, pp. 9 ss.; sottolinea l'importanza di combattere corruzione e sprechi, DIRINDIN N., *Per salvaguardare il sistema, riconvertire le risorse* in *Ragiusan* n. 345/346/347, 2012, pp. 8 ss., che riflette anche sulla inefficienza legata alla erogazione di cure non appropriate per il paziente.

42 Tra le altre, questa soluzione è proposta, ad esempio, da CARETTI P., *Considerazioni conclusive*, p. 9, su gruppodipisa.it. Anche la Corte costituzionale ha affermato che il volontariato è "un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali [...]". Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale". Corte cost., sent. n.75 del 1992, pf. 2 del considerato in diritto, su giurcost.org

43 Cfr. D'ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, Quaderni costituzionali, fc. 1, 2001, p. 29.

44 ALBANESE A., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubblico*, 1/2002, p. 66.4

45 FREGO LUPPI S.A., *La sussidiarietà orizzontale nei servizi sociali. Il caso della regione Lombardia*, in *Il diritto dell'economia*, 1-2009, p. 73.

46 RAZZANO G., *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, su gruppodipisa.it, p. 44.