

**NOTA A CONSIGLIO DI STATO – SEZIONE TERZA,
SENTENZA 13 novembre 2017, n. 5227**

A cura di GIUSEPPINA LAURA CANDITO

Bisogno e fabbisogno: i due volti del diritto alla salute nella dialettica pubblico-privato

SOMMARIO: 1. Il Diritto alla salute un Giano bifronte al tempo della crisi; 2. Universalità, spesa e responsabilità. 3. Il sistema sanitario tra pubblico e privato: il regime dell’accreditamento; 4. Il criterio del fabbisogno nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

1. Con la sentenza in epigrafe, il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi sul tema del servizio

sanitario nella dialettica tra tutela del diritto fondamentale alla salute e vincoli di bilancio, tra universalità e istanze di privatizzazione.

Ai sensi dell’art. 32¹, I° co., Cost. *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”*. Sin dall’*incipit*, è possibile cogliere la duplice natura del diritto alla salute, paragonabile a quella di un Giano bifronte, atteggiandosi ora come diritto soggettivo ora come interesse legittimo. È chiaro, infatti che accanto ad un nucleo essenziale incompressibile rispetto al quale lo Stato è gravato da un obbligo negativo di astensione, vi è un interesse di natura pretensiva di cui è portatore il privato nei confronti degli Enti erogatori delle prestazioni sanitarie.

Il che trova conferma anche nella collocazione assiologica dell’art. 32 Cost. nell’ambito dei diritti sociali. Tale sussunzione ne ha determinato, nei primi anni di vigenza della Costituzione, la relegazione tra le norme meramente programmatiche, portatrici di obiettivi politici riferibili *in primis* al legislatore, ma insuscettibili di legittimare un’azione davanti al giudice.

Invero, la controparte di tali diritti è lo Stato, ente che per primo è chiamato ad organizzare ed erogare determinate prestazioni attraverso l’emanazione di atti legislativi che valgano a tradurre le prerogative espresse dalla Costituzione in autentici diritti soggettivi azionabili nei confronti della P.A. Trattandosi di un “diritto ad una prestazione”, il diritto alla salute è maggiormente soggetto alla

¹ CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, pp. 455 ss.; CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Editoriale scientifica: Napoli, 2012.

logica del bilanciamento, tenendo conto delle specifiche condizioni storiche, economiche e sociali, di tal che non ha un valore assoluto, ma relativo e contingente. Come ben evidenziato *“I diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso in cui altri diritti e altri interessi e beni costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata, nella Costituzione italiana, ogni diritto è sempre predicato assieme al suo limite”*².

Siffatta necessità è stata evidenziata di recente nel caso *Ilva*³, ove la Consulta si è attardata sull’equilibrio tra diritto alla salute alla salute, da cui deriva peraltro il diritto all’ambiente salubre, ed il diritto al lavoro ex art. 4 Cost., da cui discende l’interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali. In tale occasione, la Corte ha infatti ribadito che *«tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche*

² Ancora CARTABIA, Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, svoltasi a Roma il 24-26 ottobre 2013

³ C. Cost. n. 85/13. Tra i commenti della dottrina in merito, *ex plurimis*: ARCONZO, *“Il decreto legge “ad Ilvam” approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità”*, in www.penalecontemporaneo.it/rivista, 2013, n. 1, p. 28; BIN, *“Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*”, in www.forumcostituzionale.it, 2013; anche in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, n. 3, p. 1505; BONI, *“Le politiche pubbliche dell’emergenza tra bilanciamento e “ragionevole” compressione dei diritti. Brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva”*, in www.federalismi.it, 2014, n. 3; CIERVO, *“Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte costituzionale sul caso ILVA”*, in *Questione giustizia*, 2014, n. 2, p. 125; DIOTALLEVI, *“La crisi finanziaria europea e i diritti dei cittadini”*, in *Questione giustizia*, 2014, n. 1, p. 103; GENINATTI SATÈ, *“Caso Ilva: la tutela dell’ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto”*, in www.forumcostituzionale.it, 2013; MARCHETTI, *“Il “decreto Ilva”: profili di costituzionalità di una legge-provvedimento”*, in www.federalismi.it, 2013, n. 15; MASSA, *“Il commissariamento dell’ILVA e il diritto delle crisi industriali”*, in www.forumcostituzionale.it, 2013; MAZZOTTA, *“Il “caso Ilva” al vaglio della Corte costituzionale”*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, n. 10, p. 877; MEZZANOTTE, *“Il “sistema normativo ambientale” nella sentenza ILVA, tra scelte discrezionali e bilanciamento dei diritti”*, in *Rassegna parlamentare*, 2013, n. 3, p. 669; MILANI, *“Caso Ilva: nella partita a scacchi tra autorità giudiziaria e legislatore la Corte costituzionale prova a fare il punto sulle regole”*, in *Legislazione penale*, 2013, n. 4, p. 1073; NORI, *“A proposito della sentenza ILVA”*, in *Rassegna dell’Avvocatura dello Stato*, 2013, n. 1, p. 77; ONIDA, *“Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente”*, in www.rivistaaic.it, 2013, n. 3 anche in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, n. 3, p. 1494; PALMISANO, *“Del «diritto tiranno». Epitome parziale di un’indagine su cittadini già al di sopra di ogni sospetto”*, in *Questione giustizia*, 2014, n. 2, p. 89; PULITANO, *“Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, n. 3, p. 1498; ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. n. 85/2013*, in *Il Foro italiano*, 2014, p. 441; SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali - Relazione al XXVIII convegno annuale dell’Aic*, in www.rivistaaic.it, 2013, n. 85; anche in *Rassegna parlamentare*, 2013, n. 4, p.785; SERENO, *“Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, n. 3, p. 1511; TRIA, *“Il valore sociale e politico del lavoro in Italia e in Europa al tempo della crisi”*, in www.europeanrights.eu, 2013; VIVALDI, *“Il caso Ilva: la “tensione” tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi Costituzionali”*, in www.federalismi.it, 2013, n. 15.

costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona>>.

Proprio per queste ragioni, il Consesso ha ritenuto di non poter condividere la prospettazione del rimettente, secondo cui l'aggettivo "fondamentale" ex art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un carattere preminente del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona.

Il carattere democratico e pluralistico della Costituzione italiana, richiede infatti un continuo e vicendevole contemperamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. *"La qualificazione dei valori dell'ambiente e della salute come primari - prosegue la Corte - significa che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato, deve essere valutato dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale".*

Orbene, se nel caso *Ilva* il termine di confronto nel bilanciamento del diritto della salute è stato il diritto al lavoro e più in generale l'iniziativa economica privata, non può sottacersi come ben più ostico sia il raffronto con i vincoli di bilancio.

Sul punto vale richiamare la portata della pronuncia n. 115/12, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità di una parte della legge 14 luglio 2011 n. 10 della regione Friuli Venezia Giulia in riferimento all'art. 81, quarto comma, Cost. ed al parametro interposto costituito dall'art. 19 della legge n. 196 del 2009. La legge regionale, nel disciplinare i servizi finalizzati a garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore, determinava nuovi oneri per la finanza pubblica non adempiendo rigorosamente all'obbligo di copertura finanziaria della spesa medesima qualificandola come puramente eventuale.

Nella fattispecie, la Corte assumendo un atteggiamento di forte rigore evidenziava come quand'anche la nuova spesa si ritenga sostenibile senza ricorrere alla individuazione di ulteriori risorse, per effetto di una più efficiente e sinergica utilizzazione delle somme allocate nella stessa partita di bilancio per promiscue finalità, la pretesa autosufficienza non può comunque essere affermata apoditticamente, ma va corredata da adeguata dimostrazione economica e contabile.

Ad opinione della Corte Costituzionale, non può essere condivisa la tesi della Regione autonoma resistente, secondo cui costituirebbe sufficiente ottemperanza al principio di copertura dell'art. 81, quarto comma, Cost., vecchia formulazione, la formale indicazione di poste di bilancio dell'esercizio in corso ove convivono, in modo promiscuo ed indistinto sotto il profilo della pertinente quantificazione, i finanziamenti di precedenti leggi regionali.

La stima e la copertura devono essere effettuate in via preventiva, in modo credibile e ragionevolmente argomentato secondo le regole dell'esperienza e della pratica contabile, salvaguardano la gestione finanziaria dalle inevitabili sopravvenienze passive che conseguono all'avvio di nuove attività e servizi.

Tale necessità ha trovato eco nella più generale crisi dei debiti sovrani degli Stati membri U.E., cui le Istituzioni europee hanno imposto i dettami del c.d. *fiscal compact*, sottoscritto dall'Italia il 2 marzo 2012 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013. In attuazione degli obblighi comunitari il Legislatore costituzionale ha quindi riformato⁴ l'art. 81 Cost., fissando in maniera chiara ed inequivoca il vincolo di pareggio di bilancio.

Dando seguito ai moniti della *governance* europea, il ricorso all'indebitamento diviene da prassi invalsa un'ipotesi residuale, cui è consentito ricorrere solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali.

Il portato normativo di questa disposizione pare introdurre un divieto di indebitamento ben più pervasivo dell'obbligo di garantire l'"*equilibrio tra le entrate e le spese*" del bilancio dello Stato, tuttavia se da un canto ha fissato in maniera inequivoca un canone di responsabilità finanziaria troppo a lungo trascurato anche a scapito della solidarietà inter-generazionale, vi è da chiedersi come abbia inciso sulla tenuta dei diritti sociali.

L'impatto, che ben avrebbe potuto essere drammatico nella sua integralità specie alla luce della crisi del Welfare state, è stato stemperato dalla successiva giurisprudenza costituzionale, per cui, anche dopo la riforma dell'art. 81 Cost., la Corte non è "*tenuta ad applicare il principio di equilibrio di bilancio come una sorta di super-valore costituzionale, capace cioè di prevalere in modo assoluto, ovvero senza adeguata e ragionevole ponderazione, sui diritti costituzionalmente garantiti allorché questi comportino oneri finanziari che alterano il preesistente quadro di riferimento degli impegni di finanza pubblica collegati ad un determinato obiettivo di bilancio*"⁵.

⁴ BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2012; BOGNETTI, "*Il pareggio di bilancio nella carta costituzionale*", in www.rivistaaic.it, n. 2/2012; BRANCASI, "*L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*", in *Quad. cost.*, 2012, 1, 198; CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2012; CARLASSARRE, "*Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*", in www.costituzionalismo.it, 2013; CIOLLI, *I diritti sociali*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, (a cura di) ANGELINI - BENVENUTI, Napoli, 2012; DE GRAZIA, "*L'introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione (tra vincoli europei e zelo del legislatore)*", in *Giur. cost.*, 2012, 2513; GAMBINO - NOCITO, "*Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*", in www.astrid-online.it, 2012; HOLMES - SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, 2000; LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

⁵ Così, in relazione alla sent. n. 70 del 2015, SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in www.Federalismi.it, 20 maggio 2015, 4

Il rapporto tra diritti sociali e risorse finanziarie non può non tenere conto dell'assiologia intrinseca alla stessa carta fondamentale, orientata al primato della persona umana e della sua dignità consacrato dall'art. 2 Cost, ed è proprio il principio personalista ad imporre il prevalere dei diritti sociali nel loro nucleo incompressibile anche a discapito della scarsità delle risorse finanziarie.

2. Il diritto alla salute, abbisogna di un intervento positivo da parte dello Stato, chiaramente dipendente dalla disponibilità di risorse finanziarie nonché dalle scelte politiche su come utilizzare i fondi a disposizione. In tale ottica la spesa sanitaria è una variabile dipendente dalle disponibilità di bilancio dello Stato⁶.

Infatti, il nostro ordinamento ha inteso garantire l'assistenza sanitaria attraverso l'istituzione con legge 833/78 del Servizio Sanitario Nazionale ispirato a principi quali la globalità delle prestazioni, l'universalità dei destinatari e l'uguaglianza di trattamento. L'universalità viene garantita per il tramite del finanziamento pubblico, l'equità è data dall'erogazione del servizio a favore di tutti gli individui tenendo conto della capacità economica di ciascuno nel riparto dei costi ed in ultimo, l'economicità atteso che il sistema sanitario rappresenta una tra le maggiori voci di spesa nel bilancio statale.

Senonchè alla totale copertura di costi da parte dello Stato ha fatto da contraltare a partire dagli anni Novanta⁷ l'esigenza sempre più impellente di contenimento della spesa pubblica, si è assistito così ad una riduzione graduale dell'area delle cure assolutamente gratuite a vantaggio di prestazioni sempre più condizionate alla compartecipazione del beneficiario.

Peraltro, stando alle rilevazioni OCSE, l'Italia presenta una quota di finanziamento pubblico pari al 77,5% in linea con quella degli altri Paesi dell'Europa continentale Germania 77% e Francia 78% ed inferiore a quella dei Paesi anglo - scandinavi Danimarca 85%, Norvegia e Regno Unito 84%, Svezia 81%. Percentuali molto basse di finanziamento pubblico si hanno solo nei Paesi con sistemi assicurativi privati Stati Uniti 49% e Svizzera 59% o senza un evoluto sistema di sicurezza sociale Cile e Messico 46%, Ungheria, Slovenia, Slovacchia, Polonia 68-72%.

Il sistema sanitario italiano si regge sul Piano Sanitario Nazionale, il principale strumento di programmazione pluriennale che viene predisposto dal Governo su proposta del Ministro della salute, tenuto conto delle indicazioni provenienti dalle Regioni, ed è adottato con Decreto del

⁶ Così in MINNI – MORRONE, *“Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana”*, in www.rivistaaic.it, 3/2013.

⁷ Il riordino della sanità è avvenuto tramite un complesso intreccio normativo avviato con la l. 421/1992, seguita poi dal d. lgs. 502/1993, dalle leggi di accompagnamento alle leggi finanziarie per il 1995 e il 1996 ed infine, dal d. lgs. 229/1999.

Presidente della Repubblica adottato previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, d'intesa con la Conferenza unificata.

Il Piano ha durata triennale ed indica, *inter alia*: a) le aree prioritarie di intervento, anche ai fini di una progressiva riduzione delle diseguaglianze sociali e territoriali nei confronti della salute; b) i livelli essenziali⁸ di assistenza sanitaria da assicurare per il triennio di validità del Piano; c) la quota capitaria di finanziamento per ciascun anno di validità del Piano e la sua disaggregazione per livelli di assistenza; d) gli indirizzi finalizzati a orientare il Servizio sanitario nazionale verso il miglioramento continuo della qualità dell'assistenza, anche attraverso la realizzazione di progetti di interesse sovra regionale; e) i progetti-obiettivo, da realizzare anche mediante l'integrazione funzionale e operativa dei servizi sanitari e dei servizi socio-assistenziali degli enti locali; f) le finalità generali e i settori principali della ricerca biomedica e sanitaria, prevedendo altresì il relativo programma di ricerca; g) le esigenze relative alla formazione di base e gli indirizzi relativi alla formazione continua del personale, nonché al fabbisogno e alla valorizzazione delle risorse umane; h) le linee guida e i relativi percorsi diagnostico-terapeutici allo scopo di favorire, all'interno di ciascuna struttura sanitaria, lo sviluppo di modalità sistematiche di revisione e valutazione della pratica clinica e assistenziale e di assicurare l'applicazione dei livelli essenziali di assistenza; i) i criteri e gli indicatori per la verifica dei livelli di assistenza assicurati in rapporto a quelli previsti.

In tale quadro le regioni, anche attraverso strumenti di coordinamento interregionale, intervengono sia nella fase ascendente, elaborando proposte per la predisposizione del suddetto Piano, sia in quella discendente, trasmettendo al Ministro della sanità, entro il 31 marzo di ogni anno, la relazione annuale sullo stato di attuazione del piano, sui risultati di gestione e sulla spesa prevista per l'anno successivo.

⁸ Per i livelli essenziali di assistenza comprendono le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni relativi alle aree di offerta individuate dal Piano sanitario nazionale. Tali livelli comprendono, per il 1998-2000:

- a) l'assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro;
- b) l'assistenza distrettuale;
- c) l'assistenza ospedaliera.

Sono posti a carico del Servizio sanitario le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che presentano, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impiegate. Sono esclusi dai livelli di assistenza erogati a carico del Servizio sanitario nazionale le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che: a) non rispondono a necessità assistenziali tutelate in base ai principi ispiratori del Servizio sanitario nazionale di cui al comma 2;

b) non soddisfano il principio dell'efficacia e dell'appropriatezza, ovvero la cui efficacia non è dimostrabile in base alle evidenze scientifiche disponibili o sono utilizzati per soggetti le cui condizioni cliniche non corrispondono alle indicazioni raccomandate; c) in presenza di altre forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze, non soddisfano il principio dell'economicità nell'impiego delle risorse, ovvero non garantiscono un uso efficiente delle risorse quanto a modalità di organizzazione ed erogazione dell'assistenza.

Nel governo della sanità le competenze istituzionali sono distribuite tra Stato e Regioni secondo l'art. 117 Cost. che demanda in via esclusiva allo Stato la «*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*», mentre la «tutela della salute», concetto di certo più ampio rispetto al precedente «assistenza sanitaria ed ospedaliera», viene definita materia di competenza concorrente Stato-Regioni.

L'art. 117, in ossequio all'art. 5 Cost., disegna un sistema sanitario di tipo decentrato: lo Stato, infatti,

decide quali trattamenti rientrano nei LEA e, successivamente, ripartisce le risorse tra le Regioni, le quali saranno poi in concreto a gestire, a livello operativo la quota di Fondo Sanitario Nazionale che gli viene destinata.

Richiamate le linee fondamentali del federalismo sanitario, emerge chiaramente dal nuovo assetto l'imprescindibile collegamento tra responsabilità e spesa, in conseguenza delle scelte effettuate da ciascun ente. La disponibilità finanziaria costituisce limite alla autonomia, con la conseguenza che ciascun soggetto resta tenuto per i disavanzi di gestione conseguenti alle scelte operate.

Infatti, come sottolineato dalla Corte Costituzionale, a fronte della limitatezza delle risorse e delle esigenze di risanamento del bilancio nazionale, *“non è pensabile di poter spendere senza limite, avendo riguardo soltanto ai bisogni quale ne sia la gravità e l'urgenza; è viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute, certamente non compromesse con le misure ora in esame”*⁹.

Pertanto, lo Stato, una volta trasferiti o determinati i mezzi, può rifiutare di addossarsi gli ulteriori disavanzi per spese estranee alle proprie scelte o dipendenti da determinazioni degli enti gestori, ma d'altra parte non può imputare al bilancio regionale oneri relativi alla spesa sanitaria che derivano da decisioni non attribuibili alle regioni stesse¹⁰.

Senonchè, da un canto l'ampio spazio di autonomia normativa, di governo e finanziaria riconosciuta alle Regioni e dall'altro, la disomogenea diffusione delle strutture pubbliche nella rete territoriale ed i rapporti con i soggetti privati hanno incrinato fortemente l'uniformità e l'effettività voluta dall'art. 117 Cost., acuendo il divario tra Regioni “virtuose” e Regioni “canaglia”.

⁹ C. Cost. n. 356 del 1992.

¹⁰ C. Cost. n. 452 del 1989

3. Le criticità del sistema sanitario nazionale poggiato esclusivamente su un'architettura pubblicistica viene sempre più a cedere dinanzi alle istanze di privatizzazione e liberalizzazione sfociate nel d.lgs.502/92 che all'art. 8-ter¹¹ ha riconosciuto, subordinatamente ad apposita autorizzazione, sia la costruzione di nuove strutture che l'ampliamento, l'adattamento, la trasformazione e il trasferimento di strutture già autorizzate relativamente alle seguenti tre tipologie:

- 1) strutture eroganti prestazioni in regime di ricovero ospedaliero per acuti;
- 2) strutture eroganti prestazioni di assistenza specialistica in regime ambulatoriale;
- 3) strutture sanitarie e sociosanitarie eroganti prestazioni in regime residenziale.

Il rilascio dell'autorizzazione, che è di competenza del Comune dove ha sede la struttura, può avvenire solo ove ricorrano due presupposti: la verifica di compatibilità del progetto, effettuata dalla Regione in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture

¹¹ Art. 8 ter d.lgs. 502/92: "1. La realizzazione di strutture e l'esercizio di attività sanitarie e sociosanitarie sono subordinate ad autorizzazione. Tali autorizzazioni si applicano alla costruzione di nuove strutture, all'adattamento di strutture già esistenti e alla loro diversa utilizzazione, all'ampliamento o alla trasformazione nonché al trasferimento in altra sede di strutture già autorizzate, con riferimento alle seguenti tipologie:

- a) strutture che erogano prestazioni in regime di ricovero ospedaliero a ciclo continuativo o diurno per acuti;
- b) strutture che erogano prestazioni di assistenza specialistica in regime ambulatoriale, ivi comprese quelle riabilitative, di diagnostica strumentale e di laboratorio;
- c) strutture sanitarie e sociosanitarie che erogano prestazioni in regime residenziale, a ciclo continuativo o diurno.

2. L'autorizzazione all'esercizio di attività sanitarie è, altresì, richiesta per gli studi odontoiatrici, medici e di altre professioni sanitarie, ove attrezzati per erogare prestazioni di chirurgia ambulatoriale, ovvero procedure diagnostiche e terapeutiche di particolare complessità o che comportino un rischio per la sicurezza del paziente, individuati ai sensi del comma 4, nonché per le strutture esclusivamente dedicate ad attività diagnostiche, svolte anche a favore di soggetti terzi.

3. Per la realizzazione di strutture sanitarie e sociosanitarie il comune acquisisce, nell'esercizio delle proprie competenze in materia di autorizzazioni e concessioni di cui all'art. 4 del decreto legge 5 ottobre 1993, n. 398, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 493 e successive modificazioni, la verifica di compatibilità del progetto da parte della regione. Tale verifica è effettuata in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture.

4. L'esercizio delle attività sanitarie e sociosanitarie da parte di strutture pubbliche e private presuppone il possesso dei requisiti minimi, strutturali, tecnologici e organizzativi stabiliti con atto di indirizzo e coordinamento ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, sulla base dei principi e criteri direttivi previsti dall'articolo 8, comma 4, del presente decreto. In sede di modificazione del medesimo atto di indirizzo e coordinamento si individuano gli studi odontoiatrici, medici e di altre professioni sanitarie di cui al comma 2, nonché i relativi requisiti minimi.

5. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, le regioni determinano:

a) le modalità e i termini per la richiesta e l'eventuale rilascio della autorizzazione alla realizzazione di strutture e della autorizzazione all'esercizio di attività sanitaria e sociosanitaria, prevedendo la possibilità del riesame dell'istanza, in caso di esito negativo o di prescrizioni contestate dal soggetto richiedente;

b) gli ambiti territoriali in cui si riscontrano carenze di strutture o di capacità produttiva, definendo idonee procedure per selezionare i nuovi soggetti eventualmente interessati.

operanti in ambito regionale ed il possesso dei requisiti minimi, strutturali, tecnologici e organizzativi.

Il d.lgs. 502/92, all'art. 8, comma 4, deferiva ad un atto di indirizzo e coordinamento¹², emanato d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, sentito il Consiglio superiore di sanità, la definizione dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi minimi richiesti per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private e la periodicità dei controlli sulla permanenza dei requisiti stessi.

Conformemente ad una nuova ottica di tipo imprenditoriale, viene sancita la regola della "competitività", l'intervento delle strutture private nell'ambito dell'esercizio dell'attività sanitaria diviene da meramente sussidiario a parallelo rispetto alle strutture pubbliche.

Corollario indefettibile al regime concorrenziale è quello della libera scelta da parte del cittadino della struttura cui rivolgersi per l'assistenza in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale.

L'impianto introdotto nel '92 ha ricevuto anche il *placet* della giurisprudenza costituzionale, secondo cui: *"Premesso che l'accreditamento delle strutture sanitarie consiste nel riconoscimento, ad opera delle regioni, del possesso, in capo ad organismi sanitari di cura, di specifici requisiti - c.d. standard di qualificazione - e si risolve nell'iscrizione in un elenco al quale gli utenti delle prestazioni sanitarie possono attingere, tale sistema non altera, infatti, gli equilibri attualmente esistenti nel settore, né incide, scavalcandoli, sui poteri amministrativi regionali, in quanto il diritto è pur sempre subordinato all'accettazione del nuovo meccanismo della remunerazione delle prestazioni su base di tariffe ed all'espletamento dei poteri di autotutela e di verifica regionale sul*

¹² Criteri e principi direttivi dell'atto d'indirizzo erano:

- a) garantire il perseguimento degli obiettivi fondamentali di prevenzione, cura e riabilitazione definiti dal Piano sanitario nazionale;
- b) garantire il perseguimento degli obiettivi che ciascuna delle fondamentali funzioni assistenziali del Servizio sanitario nazionale deve conseguire, giusta quanto disposto dal decreto del Presidente della Repubblica 24 dicembre 1992, concernente la "Definizione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria" ovvero dal Piano sanitario nazionale, ai sensi del precedente art. 1, comma 4, lett. b);
- c) assicurare l'adeguamento delle strutture e delle attrezzature al progresso scientifico e tecnologico;
- d) assicurare l'applicazione delle disposizioni comunitarie in materia;
- e) garantire l'osservanza delle norme nazionali in materia di: protezione antisismica, protezione antincendio, protezione acustica, sicurezza elettrica, continuità elettrica, sicurezza antinfortunistica, igiene dei luoghi di lavoro, protezione dalle radiazioni ionizzanti, eliminazione delle barriere architettoniche, smaltimento dei rifiuti, condizioni microclimatiche, impianti di distribuzione dei gas, materiali esplosivi, anche al fine di assicurare condizioni di sicurezza agli operatori e agli utenti del servizio;
- f) prevedere l'articolazione delle strutture sanitarie in classi differenziate in relazione alla tipologia delle prestazioni erogabili;
- g) prevedere l'obbligo di controllo della qualità delle prestazioni erogate;
- h) definire i termini per l'adeguamento delle strutture e dei presidi già autorizzati e per l'aggiornamento dei requisiti minimi, al fine di garantire un adeguato livello di qualità delle prestazioni compatibilmente con le risorse a disposizione.

*rispetto della predetta condizione e sul permanere dei requisiti, salva inoltre la facoltà delle regioni di aumentare, con nuovi accertamenti, il numero degli accreditamenti in atto*¹³

In altri termini tale sistema non si sottrae all'esercizio del potere autoritativo e conformativo dell'Amministrazione, che si qualifica in termini concessori.

Questo assetto aperto all'ingresso di nuovi soggetti nell'ambito delle attività sanitarie, ha subito un primo ridimensionamento a seguito dell'emanazione del D.P.R. 14 gennaio 1997, con il quale dandosi attuazione, all'atto di indirizzo e coordinamento previsto dall'art. 8, comma 4, D. Lgs n. 502/92 sono stati individuati i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi minimi richiesti per l'esercizio dell'attività sanitaria da parte delle strutture pubbliche e private.

Infatti, con l'adozione del D.P.R. si demarca più nettamente il *discrimen* tra autorizzazione ed accreditamento¹⁴, mentre la prima costituisce il presupposto indispensabile per potere esercitare un'attività sanitaria, il secondo è un *quid pluris*, oltre ad avere una funzione regolatoria, è uno strumento di garanzia dei livelli di qualità delle strutture sanitarie e socio-sanitarie¹⁵.

Infatti, l'accreditamento è rilasciato dalla regione alle strutture autorizzate, pubbliche o private ed ai professionisti richiedenti, subordinatamente alla loro rispondenza ai requisiti ulteriori di qualificazione, alla loro funzionalità rispetto agli atti di indirizzo regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti.

Pertanto, subito dopo l'enunciazione del principio della parificazione e concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private, con la conseguente facoltà di libera scelta da parte dell'assistito, si è progressivamente imposto nella legislazione sanitaria il principio della programmazione, allo scopo di realizzare un contenimento ed una razionalizzazione del sistema sanitario¹⁶. Infatti, senza la preliminare verifica delle predette esigenze, tecniche e finanziarie, si avrebbe quale effetto l'esposizione della spesa sanitaria regionale ad una crescita fuori controllo¹⁷.

Nell'andamento della normativa in materia di accreditamento ha assunto ulteriore rilievo il recepimento della Direttiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011

¹³ C. Cost. n. 416/95.

¹⁴ Sulla controversa natura giuridica dell'accreditamento, con opinioni differenti, si v. QUARANTA, *L'accreditamento come atto di abilitazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in *L'Accreditamento è un diritto?*, (a cura di) BELLINI e PAOLINI, Roma, 2003; CORBETTA, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, Rimini, 2004, p. 211 ss.; JORIO, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *San. pubbl. e priv.*, 2004, p. 151 ss.; CILIONE, *Diritto sanitario. Profili costituzionali e amministrativi, ripartizione delle competenze, organizzazione, prestazioni, presidi sanitari privati, professioni*, Rimini, 2013, p. 229 ss; MOLASCHI, "Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e tutela della concorrenza", in *Giur. it.*, 2014, p. 657 ss.

¹⁵ v. Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome, Intesa 20 dicembre 2012 (Rep. Atti. 259).

¹⁶ Cons. St. sent. n. 200/2005, 111/05, 94/09 e 284/11.

¹⁷ Cons St. n. 3020/14.

concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. L'aumento delle possibilità di scelta degli utenti, richiederà di disporre di fonti di valutazione e di informazione fondate su Standard riconosciuti, tra cui certamente la qualità e la sicurezza. In particolare, l'art. 7 e l'art 9, comma 6, lett c) del d. lgs. 4 marzo 2014, n. 38, individuano, il primo, un compito specifico di informazione sulle strutture a carico del cd. punto di contatto nazionale, e il secondo, l'incertezza sull'affidabilità della struttura come una delle cause di soggezione ad autorizzazione preventiva ai fini del rimborso.

4. Le modifiche intervenute a partir dai primi anni '90 hanno messo in luce il carattere dirimente del criterio del fabbisogno, il quale si atteggia diversamente a seconda che si rientri nell'ambito dell'autorizzazione ovvero dell'accreditamento.

Mentre nel caso dell'autorizzazione i costi che la struttura sanitaria non si avvale di rimborsi o sovvenzioni a carico della spesa pubblica, ponendo i corrispettivi a carico unicamente degli utenti, nel caso dell'accreditamento istituzionale, atteso il ruolo di esercente le prestazioni in nome e per conto del S.S.N. il costo grava sullo Stato.

Come rilevato a far data dalle pronunce del 2013 dal massimo Consesso amministrativo¹⁸, *“l' art. 8 ter del D.Lgs. n. 502 del 1992, pur ponendo il rilascio dell'autorizzazione in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture non condiziona l'espansione del diritto del privato che vuole fornire le prestazioni sanitarie all' esistenza a monte di un apposito strumento pianificatorio che verifichi le anzidette esigenze.”*

Del resto *“le valutazioni inerenti all'indispensabile contenimento della spesa pubblica ed alla sua razionalizzazione hanno la loro sede propria nei procedimenti di accreditamento, di fissazione dei "tetti di spesa" e di stipulazione dei contratti con i soggetti accreditati; procedimenti distinti e susseguenti (sia logicamente che cronologicamente) rispetto a quello relativo al rilascio della pura e semplice autorizzazione, che è quella di cui si discute”*.

Alle medesime conclusioni è pervenuta anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale ha osservato che la previsione di subordinare l'autorizzazione comunale alla realizzazione di strutture sanitarie e sociosanitarie non in convenzione alla preventiva verifica della compatibilità rispetto al fabbisogno regionale risultante dagli atti di programmazione sanitaria comporta *“un ingiustificato innalzamento delle barriere all'ingresso nel mercato delle prestazioni sanitarie,*

¹⁸ Cons. di St. n. 550/13.

perché induce gli operatori già presenti ad aumentare la propria offerta, diminuendo per questa via il fabbisogno potenziale complessivo, impedendo così l'accesso di nuovi e potenzialmente più efficaci operatori, senza che, in senso contrario, possano valere considerazioni di compatibilità finanziaria, posto che si tratta di richieste di accesso al settore delle prestazioni sanitarie che non sono a carico del Servizio Sanitario Nazionale.”¹⁹

Quest'impostazione ha trovato di recente ulteriore conferma in un caso di recente vagliato dalla terza sezione del Consiglio di Stato.

Una società chiedeva al Comune il rilascio del permesso di costruire per la realizzazione di una struttura socio-assistenziale per il ricovero e la cura di disabili intellettivi, e precisamente per la realizzazione di due “gruppi appartamento” di 6 posti letto ciascuno. Il Comune, in ossequio a quanto previsto dall'art. 8-ter del D. Lgs. n. 502/1992, provvedeva a richiedere preventivamente alla Regione Piemonte la verifica di compatibilità del progetto, in rapporto al fabbisogno complessivo di posti letto e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale.

La Regione richiedeva a sua volta all'ASL territorialmente competente, di esprimere il parere di sua competenza, senonchè prima che l'ASL si pronunciasse, il procedimento veniva sospeso ai sensi della

D.G.R. 21.12.2009 n. 82-12916 fino all'adozione del provvedimento regionale di definizione del fabbisogno socio-sanitario relativo alle diverse tipologie di utenze, poi intervenuto con D.G.R. n. 46-528 del 4 agosto 2010. Riavviato quindi il procedimento relativo al progetto presentato dalla ricorrente, l'ASL esprimeva in data 2 novembre 2010 parere negativo atteso che la richiesta superava i parametri regionali.

Uniformandosi al parere, la Regione Piemonte, concludeva il procedimento di propria competenza dando atto che il progetto della ricorrente “*non risulta compatibile con il fabbisogno di posti residenziali, per tale tipologia di utenza, nell'ambito territoriale*”.

Il provvedimento veniva impugnato nella parte in cui, a detta della ricorrente, non dava ragione di come l'interesse pubblico venisse danneggiato dal rilascio di nuove autorizzazioni all'apertura di strutture private non operanti in regime di accreditamento con il S.S.N., e quindi non comportanti oneri a carico della finanza pubblica.

Il Tar, richiamata la giurisprudenza del Consiglio di Stato, accoglieva il ricorso osservando che la regola stabilita dall'art. 8-ter, comma 3, del d.lgs. n. 502 del 1992, a tenore del quale “*la verifica*

¹⁹ Parere del 28 marzo 2013. V. anche Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, AS175 Parere 19 maggio 1999, n. 175, in Bollettino, 1999, n.18; Autorità garante per la concorrenza ed il mercato AS852 18 luglio 2011, in Bollettino, 2011, n. 27; AS1037 -Regione Lazio -rilascio autorizzazioni all'esercizio e alla realizzazione di strutture sanitarie private, in Bollettino, 2013, n. 13.

regionale di compatibilità è effettuata in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture, non può risolversi in uno strumento ablatorio delle prerogative dei soggetti che intendano offrire, in regime privatistico, senza rimborsi o sovvenzioni a carico della spesa pubblica, e con corrispettivi a carico unicamente degli utenti, mezzi e strumenti di diagnosi, di cura e di assistenza sul territorio”.

La regione Piemonte impugnava la sentenza assumendo che i principi generali di liberalizzazione del mercato, non potessero essere applicati tout court al settore della sanità, in considerazione della sua specificità, delle caratteristiche del bene salute ovvero dall'esigenza di contenere la capacità di induzione della domanda. Costituitasi in giudizio, la società chiedeva la reiezione del gravame.

Il Consiglio di Stato nel dichiarare l'appello infondato ha ribadito l'orientamento già tracciato nel 2013 per cui ove si controverta sul rilascio dell'autorizzazione, non può incidere sull'esercizio dell'iniziativa privata il richiamo al fabbisogno complessivo ed alla localizzazione delle strutture presenti in ambito regionale.

Le valutazioni inerenti all'indispensabile contenimento della spesa pubblica ed alla sua razionalizzazione attengono al diverso istituto dell'accreditamento, procedimento distinto e susseguente, sia logicamente che cronologicamente, rispetto a quello relativo al rilascio della pura e semplice autorizzazione.

L'art. 8 ter del d.lgs. n. 502 del 1992 non subordina il rilascio del titolo autorizzatorio all'esistenza di uno strumento pianificatorio generale, ma ad una valutazione dell'idoneità della nuova struttura a soddisfare il fabbisogno complessivo di assistenza, prendendo in considerazione le strutture presenti in ambito regionale, secondo i parametri dell'accessibilità ai servizi ed avuto riguardo alle aree di insediamento prioritario di nuovi presidi.

A tali conclusioni, ha rilevato il Collegio, era pervenuta, peraltro, la stessa Regione che nelle more del giudizio con apposita determina ha apportato talune modifiche all'iter procedimentale per il rilascio delle sole autorizzazioni alla realizzazione di strutture sanitarie e socio-sanitarie, di cui all'art. 8-ter del d.lgs. n. 502/1992, escludendo la verifica di compatibilità con il fabbisogno.

Ciò dimostra che l'esigenza di tutela della salute richiede la qualità dei servizi sanitari e la loro diffusione mediante una razionale e capillare distribuzione sul territorio, viceversa, il blocco all'ingresso di nuovi operatori sul mercato delle prestazioni sanitarie, motivato con la saturazione di questo, è controproducente per il miglioramento qualitativo e la riduzione dei prezzi dei servizi sanitari da parte dei privati operanti non in regime di convenzionamento con il S.S.N.

Infatti, sebbene il sistema sanitario nazionale legittimamente risulti ispirato alla necessità di coniugare il diritto alla salute degli utenti con l'interesse pubblico al contenimento della spesa, esso non può prescindere dal contemplare anche la tutela della concorrenza.