

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2021

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Coccozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Organizzazione amministrativa e tutela dei diritti sociali nell'emergenza pandemica e per la ripresa post-pandemica, con particolare riferimento alla sanità e all'istruzione.

di Francesco Rota

(Professore Associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi del Sannio)

e Filippo Borriello

(Dottore di Ricerca in Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. – L'impatto dell'emergenza pandemica sui livelli essenziali di garanzia dei diritti sociali, con particolare riferimento all'organizzazione dei servizi e delle prestazioni nella sanità; 1.1. Pandemia, diritti sociali e organizzazione amministrativa; 1.2. – Organizzazione amministrativa e sanità; 1.3. – L'organizzazione della sanità tra tutela dei livelli essenziali di assistenza, contenimento della spesa pubblica e vincoli di bilancio; 1.4. – Il diritto alla salute alla prova della pandemia da Covid-19, con particolare riferimento all'organizzazione amministrativa; 2. – L'impatto dell'emergenza sanitaria sui livelli essenziali di garanzia dei diritti sociali, con particolare riferimento all'organizzazione dei servizi e delle prestazioni nell'istruzione scolastica; 2.1. – La classifica dei diritti sociali e la ricerca di un equilibrio tra diritto alla salute e diritto all'istruzione; 2.2. – L'organizzazione della didattica (in presenza e a distanza) come strumento di contemperamento tra salute e istruzione nell'emergenza pandemica; 2.3. – Organizzazione dei servizi e fruizione delle prestazioni nell'istruzione. L'autorefezione scolastica alla prova del Covid-19; 3. – Il post emergenza. Verso un ripensamento dei canoni di efficienza ed efficacia per il superamento delle fratture territoriali ed una maggiore coesione nella riorganizzazione dei servizi e delle prestazioni dei diritti sociali.

Abstract

The paper aims to analyze how the administrative organization has affected the retention of the guarantee levels of social rights (i.e., health, education and local social services) following the impact of coronavirus on the various systems. In particular, the analysis aims to understand how the organizational structures deriving from different balances (public/private; center/periphery; entity of the cost/minimum levels of services; quality "excellence" in the service/quantitative enlargement of the service) have impacted on some section of the population, affecting freedoms in general. The analysis will draw useful information for the post-emergency which must be based on a new interpretation of the principles of efficiency and effectiveness to understand the space of social and territorial cohesion in the reorganization of services and to make this reorganization structurally efficient in relation to rights and freedoms.



1. L'impatto dell'emergenza pandemica sui livelli essenziali di garanzia dei diritti sociali, con particolare riferimento all'organizzazione dei servizi e delle prestazioni nella sanità.

1.1 Pandemia, diritti sociali e organizzazione amministrativa.

La crisi pandemica da Covid-19 ha portato alla compressione di diversi diritti costituzionali che, in una prospettiva di bilanciamento, hanno subito un temporaneo arretramento, per consentire di ottimizzare le possibilità di tutela della salute in una situazione di estrema gravità e di enorme rischio, evidenziando l'importanza della proporzionalità e della ragionevolezza che deve caratterizzare l'operato del legislatore e dei pubblici poteri¹. La dottrina ha peraltro evidenziato che nel contesto costituzionale anche l'approccio emergenziale deve essere funzionale alla garanzia dei diritti fondamentali nella loro dimensione essenziale².

Seppur nelle incertezze della tecnica, la risposta all'emergenza ha mostrato l'esercizio di poteri spesso maturi e circondati da garanzie e contrappesi adeguati. In questo senso hanno operato fattori come la progressiva tipizzazione dei poteri amministrativi impliciti³, la crescente efficacia delle tutele, il rilievo crescente della legalità, anche rispetto all'esercizio del potere di ordinanza esercitabile in caso di necessità ed urgenza⁴.

* L'articolo è espressione di una prospettiva condivisa da entrambi gli Autori. Si precisa che il paragrafo 1 è da attribuirsi a Francesco Rota, mentre i paragrafi 2 e 3 a Filippo Borriello;

¹ G. BATTAGLIA, B. BRANCATI, *L'impatto della pandemia sui diritti costituzionali*, in Aa.Vv., *Coronavirus e Costituzione*, Marina di Carrara, 2020, p. 119. La Corte Costituzionale ha peraltro avuto modo di chiarire già con la sent. n. 15/1982 il rilievo del fattore temporale in circostanze emergenziali, sottolineando che un ingiustificato permanere nel tempo di misure originariamente legittime è illegittimo.

² L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021, p. 44.

³ Considerata la numerosità delle opere concernenti il principio di legalità, si limitano i riferimenti per quanto qui di maggiore interesse a: G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 e ss.; ID., *Principio di legalità e provvedimenti amministrativi impliciti*, in G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, 2017; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001. Per il tema rilevano anche le riflessioni di F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI aggiornamento, Milano, 2002, spec. p. 85 ss.

⁴ Sul potere di ordinanza, *ex multis*, oltre ai classici M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1948, I, p. 389 e ss. e L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, si vedano M. BROCCA, *L'altra amministrazione - Profili strutturali e funzionali del potere d'ordinanza*, Napoli, 2012; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990 e A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008. Nel prisma prospettico che si intende utilizzare per la presente indagine rilevano inoltre F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 21 e, relativamente al tema della tutela cautelare in materie di ordinanze, ID., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, cit., p. 371. La delimitazione e differenziazione delle problematiche concernenti le sole ordinanze di necessità ed urgenza e non anche le altre tipologie di ordinanze è stata di recente efficacemente sintetizzata da G. MANFREDI, *Potere di ordinanza [dir. amm.]*, in www.treccani.it, 2019, che evidenzia le criticità concernenti «la coerenza del relativo potere con la sistematica amministrativa, e, soprattutto, con le norme della Costituzione». Sulla differenza tra le concezioni della necessità come presupposto di provvedimenti eccezionali e come fonte originaria di produzione di norme giuridiche, si veda P. GRASSO, *Necessità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, vol. XXVII, p. 869 ss. Sulla differenza che intercorre fra il



La pandemia ha però comportato una compressione di svariati diritti e ha contribuito a far riflettere sull'adeguatezza dell'organizzazione che dovrebbe essere funzionale al godimento di quegli stessi diritti. In questa sede si intende focalizzare l'attenzione su due diritti sociali che negli ultimi mesi si sono a volte trovati su fronti contrapposti, la salute e l'istruzione, per cercare di trarre dalla dolorosa esperienza recente elementi utili per il futuro. Per comprendere il rilievo assunto dall'organizzazione nei recenti momenti di maggiore crisi è sufficiente rammentare che, a causa della scarsità di risorse, è stato a volte necessario, in presenza di risorse scarse, decidere quale paziente curare adeguatamente⁵ e spesso l'attenzione si è spostata sulla medicina di base come tassello fondamentale per un'adeguata azione di contrasto alla pandemia. Per quanto concerne l'istruzione, il suo rilievo per lo sviluppo della personalità e per la crescita della persona si è scontrato con le modalità di interazione sociale che solo la condivisione di uno spazio fisico può garantire e anche la possibilità di svolgere attività formative a distanza è stata protagonista di svariate problematiche, dal *digital divide* alle situazioni connesse ad esigenze educative speciali.

1.2. Organizzazione amministrativa e sanità.

Nel settore sanitario, come e più che in altri settori dell'azione amministrativa finalizzata all'erogazione dei pubblici servizi, la correlazione tra organizzazione e diritti ha sollecitato, fin dalle riforme degli anni Novanta, dottrina e giurisprudenza costituzionale⁶ e amministrativa⁷ a porre l'accento sulla difficoltà di contemperare aziendalizzazione e tutela dei diritti⁸.

Come è noto da un punto di vista storico, il processo di aziendalizzazione⁹ e di regionalizzazione del Servizio sanitario, avviato con le riforme del d.lgs. n. 502/1992 e

potere di ordinanza e gli altri poteri previsti dalla legge per far fronte a situazioni di urgenza, che portano all'adozione di provvedimenti dai contenuti predeterminati si veda M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 949 e ss. Si veda anche R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, p. 79 ss.

⁵ Il riferimento è al documento pubblicato il 6.3.2020 dalla SIAARTI, intitolato "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione ai trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili" e al successivo parere del Comitato Nazionale per la Bioetica italiano, pubblicato l'8.4.2020, "La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica" che, come *extrema ratio*, affermano che il trattamento deve essere effettuato nei casi con maggiori possibilità di sopravvivenza.

⁶ Cfr., *ex multis*, Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁷ Cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸ R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007; G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, 2005; N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, Milano, 2000, pp. 377-452; R. FERRARA, P.M. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino, 1999; P. SANTINELLO, *Servizio sanitario nazionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 109; C.E. GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in GALLO, PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998; G. MOR, *Il nuovo assetto organizzativo del Servizio sanitario nazionale*, in *San. pubbl.*, 1997, p. 387; P. SANTINELLO, *Sanità pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 556; E. FERRARI, *Servizio sanitario nazionale (organizzazione)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XIII, Torino, 1996, p. 382.

⁹ R. FERRARA, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel Servizio Sanitario Nazionale: spunti problematici*, in C. BOTTARI, P. TULLINI (a cura di), *La dirigenza sanitaria. Amministratori e costituzionalisti a confronto*, Rimini, 2004, p. 67;



del d.lgs. n. 517/1993 e nelle successive modifiche apportate dal d.lgs. n. 229/1999, ha cercato di ovviare alle diffuse inefficienze che si erano registrate nell'organizzazione del SSN, susseguente alla riforma della l. n. 833/1978, e ha previsto l'innesto di criteri imprenditoriali e di moduli aziendalistici nell'organizzazione del servizio pubblico.

Secondo il disegno del d.lgs. n. 502/1992 le aziende sanitarie¹⁰, persone giuridiche pubbliche dotate di autonomia imprenditoriale, rinvergono nella Regione il loro interlocutore istituzionale, ma il legislatore si preoccupa di configurare un rapporto di tendenziale separazione tra politica e amministrazione¹¹, per porre un freno ai fenomeni di politicizzazione e di corruzione radicatisi nel sistema in origine configurato dalla citata l. n. 833/1978.

Al vertice dell'azienda sanitaria, sul modello del management privato, si pone l'organo monocratico del direttore generale, con poteri di rappresentanza e di governo dell'azienda, «con tutti i poteri di gestione» (art. 3, comma 6, del d.lgs. n. 502/1992), al quale spetta la responsabilità della direzione aziendale e l'adozione degli atti aziendali di diritto privato¹². Le molteplici e difficili funzioni che competono al dirigente sanitario e, in particolar modo, al direttore generale dell'azienda sanitaria, non costituiscono solo obbligazioni di risultato, dovendo esse garantire il raggiungimento degli obiettivi primari stabiliti dal Piano Sanitario (nazionale, regionale ed aziendale), ma anche obbligazioni di mezzi, poiché il perseguimento di tali finalità deve essere

E. MENICHETTI, *L'aziendalizzazione del servizio sanitario nazionale: profili di organizzazione e della dirigenza*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *L'aziendalizzazione nel d.lg. n. 229 del 1999*, Milano, 2001.

¹⁰ F. RINALDI, *L'incerta natura giuridica dell'azienda sanitaria locale*, in *Giurisprudenza di merito*, 7-8, 2007, p. 1922; F.C. RAMPULLA, L.P. TRONCONI, *L'atto aziendale di organizzazione delle aziende sanitarie*, in *San. pubbl.*, 2002, p. 311; LONGOBARDI, *La nuova organizzazione delle Unità sanitarie locali*, in *San. pubbl.*, 1994; N. LUGARESI, *Assetto organizzativo delle aziende sanitarie*, in *San. pubbl.*, 1995, p. 983; R. IANNOTTA, *USL e ospedali sono veramente imprese?*, in *Rass. amm. sanità*, 1995; A. ROMANO TASSONE, *L'azienda sanitaria tra tecnocrazia e democrazia*, in *San. pubbl.*, 1997, p. 387.

¹¹ S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2012, p. 39.

¹² Sulla dirigenza sanitaria, A.L. TARASCO, *Giurisdizione e merito(crazia) nell'accesso alla dirigenza statale*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, p. 364, in particolare pp. 394 ss. per quanto concerne la dirigenza sanitaria; M.P. MONACO, *La dirigenza sanitaria: il correttivo rende effettiva la riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2017, p. 699; A. PIOGGIA, *Le nomine dei vertici della sanità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2016, p. 733; M.S. BONOMI, *La dirigenza sanitaria*, in *Federalismi.it*, 2014; E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, in *Ist. Federalismi*, 2013, p. 551; F. LUNARDON, *La dirigenza sanitaria*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI, R. FERRARA (a cura di), *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, Milano, 2010, p. 325; A. PIOGGIA, *Direzione e dirigenza nelle aziende sanitarie. Una analisi della distribuzione del potere decisionale alla luce degli atti aziendali*, in *Sanità pubblica e privata*, 3, 2008, p. 5; M.N. BETTINI, *Dirigenza sanitaria e disciplina di conferimento degli incarichi*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2008, p. 555; P. LAMBERTUCCI, *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, p. 826; A. BOSCATI, *Norme per la dirigenza del Servizio sanitario nazionale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. V, in F. CARINCI (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, Torino, 2004, p. 1010; A. VALLEBONA, *La contrattazione collettiva della dirigenza medica e sanitaria*, in *Dir. Lav.*, 2003, p. 61; G. NICOSIA, *La dirigenza sanitaria tra regime generale e regime speciale*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2000, p. 122; E. RAVERA, *La dirigenza medica dopo il D.Lgs. 19 giugno 1999, n. 2999 (c.d. decreto Bindi)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2000, p. 85; C.E. GALLO, *La dirigenza e il personale del Servizio sanitario nazionale*, in *San. pubbl.*, 1999, p. 209.



attuato attraverso una sapiente gestione delle risorse e un'efficiente organizzazione dell'apparato amministrativo.

1.3. L'organizzazione della sanità tra tutela dei livelli essenziali di assistenza, contenimento della spesa pubblica e vincoli di bilancio.

I dati illustrati in vari recenti rapporti¹³ sull'organizzazione della sanità italiana documentano una diffusa condizione di forte sottodimensionamento della dotazione organica delle strutture ospedaliere e delle Aziende Sanitarie Locali. Alla storica carenza di personale ed al blocco del turnover fa generalmente seguito un più intenso impiego delle risorse in servizio, con difficoltà connesse, fra l'altro, alla condizione dei dipendenti delle Aziende e degli Enti del SSR. La situazione è peraltro ancora più grave nelle regioni commissariate e soggette ai piani di rientro dal disavanzo economico, nati con la l. 311/2004 e finalizzati al raggiungimento dell'equilibrio del bilancio sanitario. Tali circostanze incidono fortemente sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali (soprattutto, per quanto qui di interesse, sanità e servizi sociali locali), i quali identificano uno standard minimo del servizio incomprimibile e uniforme che deve essere garantito a tutti i cittadini sul territorio nazionale in rapporto alle risorse disponibili.

In materia sanitaria, i LEA condizionano prestazioni e scelte di programmazione. Infatti, il quadro normativo di riferimento è improntato alla ricerca di un equilibrio fra esigenze di garanzia e tutela del fondamentale diritto alla salute e di sostenibilità, durata ed efficienza delle risorse a ciò destinate.

Le prestazioni legate all'assistenza sanitaria costituiscono terreno estremamente sensibile dei diritti sociali costituzionalmente garantiti e richiedono inderogabilmente azioni positive da parte dei poteri pubblici per la loro effettiva soddisfazione in favore di un'utenza che, per il principio di universalità del servizio sanitario, nemmeno coincide con i soli possessori dello status di cittadini¹⁴. L'esigenza di garantire un'azione amministrativa efficace ed efficiente, anzitutto per salvaguardare i livelli essenziali di assistenza sanitaria, deve misurarsi però con l'esigenza di contenere il disavanzo della spesa pubblica e raggiungere l'equilibrio economico delle singole aziende, sempre più forte e avvertita dal legislatore proprio per le gravi inefficienze registratesi nel Servizio Sanitario Nazionale, sicché è necessario un difficile

¹³ Ministero della Salute – Direzione Generale delle Professioni sanitarie e delle Risorse Umane del SSN, *Il personale del Sistema Sanitario Italiano – Anno 2018*, febbraio 2021; Ministero della Salute – Direzione Generale della Digitalizzazione, del Sistema Informativo Sanitario e della Statistica, *Personale della A.S.L. e degli Istituti di ricovero pubblici ed equiparati – Anno 2018*, gennaio 2021; Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, *Il monitoraggio della spesa sanitaria*, rapporto n. 7, 2020; Ministero della Salute – Direzione Generale della Digitalizzazione, del Sistema Informativo Sanitario e della Statistica, *Annuario Statistico del Servizio Sanitario Nazionale. Assetto organizzativo, attività e fattori produttivi del SSN – Anno 2018*, dicembre 2020.

¹⁴ Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale del 18 aprile 2016, parere n. 1113/2016 del 5 maggio 2016.



contemperamento tra l'esigenza di garantire fondamentali obiettivi per la soddisfazione di esigenze primarie e costituzionalmente garantite quanto meno nel loro nucleo irriducibile e l'altrettanto fondamentale esigenza di assicurare il rispetto dei vincoli di bilancio, a livello nazionale ed europeo, e di contenere la spesa pubblica.

Recentemente, la Corte Costituzionale ha avuto modo di soffermarsi più volte sul rispetto – *recte*, sull'intangibilità – dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie¹⁵.

In particolare, l'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza sanitaria è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al servizio sanitario nazionale, nel rispetto della compatibilità finanziaria stabilita per l'intero sistema di finanza pubblica¹⁶. Il problema si sposta dunque in parte sull'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza sanitaria e in parte, in considerazione delle differenze socioeconomiche fra le diverse aree del paese sui meccanismi perequativi.

Così l'accesso delle Regioni al finanziamento integrativo del SSR a carico dello Stato è subordinato alla stipula di una specifica intesa tra Stato e Regioni che contempli ai fini del contenimento della dinamica dei costi: (a) il rispetto degli obblighi di programmazione a livello regionale, al fine di garantire l'effettività del processo di razionalizzazione delle reti strutturali dell'offerta e della domanda ospedaliera; (b) l'obbligo in capo alle Regioni di garantire in sede di programmazione regionale, coerentemente con gli obiettivi sull'indebitamento netto delle amministrazioni pubbliche, l'equilibrio economico-finanziario delle proprie aziende sanitarie, aziende ospedaliere, aziende ospedaliere universitarie ed Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico sia in sede di preventivo annuale che di conto consuntivo¹⁷.

Inoltre, l'accesso, da parte delle Regioni che non hanno rispettato l'equilibrio economico-finanziario delle proprie strutture sanitarie, ai fondi nazionali di

¹⁵ Corte Cost., sent. n. 62/2020, n. 72/2020 e 91/2020, in www.cortecostituzionale.it, in cui è stato precisato che la determinazione, il finanziamento e l'erogazione dei LEA compongono un sistema articolato il cui equilibrio deve essere assicurato «dalla sinergica coerenza dei comportamenti di tutti i soggetti coinvolti nella sua attuazione». Nella propria giurisprudenza precedente, la Consulta aveva già avuto occasione di affermare che i LEA rappresentano "standard minimi" (sent. n. 115/2012, in *ivi*) da assicurare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale affinché sia evitato che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato essendo limitata la possibilità delle singole Regioni, nell'ambito della loro competenza concorrente in materia di diritto alla salute, a migliorare eventualmente i suddetti livelli di prestazioni (sent. n. 125/2015, in *ivi*). Secondo la Corte, l'indebitabilità e la generalità di una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale sono collegate a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisce il livello essenziale di erogazione, pur in un sistema caratterizzato da autonomia regionale e locale costituzionalmente garantite. Tale profilo riguarda 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 la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle» (sent. n. 231 del 2017, in *ivi*).

¹⁶ Art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 502/1992, come modificato dall'art. 1, comma 5, del d.l. n. 347/2001, convertito dalla l. n. 405/2001.

¹⁷ Art. 1, comma 173, della legge n. 311 del 30 dicembre 2004.



finanziamento del SSR è subordinato all'elaborazione di un programma operativo di riorganizzazione, di riqualificazione o di potenziamento del SSR, di durata non superiore al triennio (cd. piano di rientro) e alla stipula con i Ministri della salute e dell'economia e delle finanze di un apposito accordo che individui gli interventi necessari per il perseguimento dell'equilibrio economico, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza¹⁸. Le entrate fiscali delle Regioni sono commisurate anche al finanziamento integrale dei livelli essenziali delle prestazioni da erogare in condizioni di efficienza e appropriatezza e secondo costi standard¹⁹.

In linea generale, i piani di rientro regionali pre-pandemici hanno previsto interventi di riduzione della spesa sanitaria su tre versanti fondamentali: (a) il riordino della rete di servizi, mediante soppressione di stabilimenti ospedalieri sottodimensionati e riconversione in strutture sanitarie territoriali e accorpamenti o soppressione di singole unità operative all'interno degli ospedali confermati; (b) una politica del farmaco mediante razionalizzazione e riduzione della spesa farmaceutica e della spesa per acquisto di beni e servizi; (c) la riduzione della spesa per il personale – generalmente tarata sulla base dei costi relativi all'anno precedente all'adozione del piano, con ulteriore riduzione – mediante blocco del turnover, razionalizzazione del ricorso a prestazioni aggiuntive, riduzione degli incarichi di direzione e di posizione organizzativa e di coordinamento in seguito alla razionalizzazione organizzativa.

I piani di rientro regionali perseguono dunque due obiettivi vincolanti: (a) l'esigenza di ripristinare l'equilibrio economico-finanziario del SSR mediante la riduzione dei costi per strutture, acquisto di beni e servizi e personale; (b) la necessità di salvaguardare il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni secondo gli standard definiti con disciplina statale.

La [ri]definizione del quadro organizzativo costituisce chiaramente una tappa fondamentale del processo di risanamento della finanza regionale destinata a sostenere la spesa sanitaria, tanto più che i vincoli posti dalla normativa statale stabiliscono espressamente una progressiva riduzione della spesa per il personale. Le Regioni fissano parametri standard per l'individuazione delle strutture semplici e complesse, delle dotazioni organiche, delle posizioni organizzative e di coordinamento, rispettivamente, delle aree della dirigenza e del personale del comparto del SSN, nel rispetto comunque delle disponibilità dei fondi per il finanziamento della contrattazione integrativa. Tuttavia, come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale, per quanto nel perseguimento degli obiettivi di risanamento e contenimento della spesa e di efficientamento del sistema, secondo la logica propria dei piani di rientro, le valutazioni dell'autorità politico-amministrativa siano ampiamente discrezionali, non può ammettersi che un tale fine possa essere perseguito con il

¹⁸ Art. 1, comma 180, della legge n. 311 del 30 dicembre 2004.

¹⁹ Art. 8, comma 1, lettera b) e lettera d), e comma 3 della legge n. 42/2009, "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale".



sacrificio del fondamentale interesse al buon andamento dell'azione amministrativa che assume la connotazione dell'adeguatezza ed efficienza delle risorse umane coinvolte nel piano di rientro, quale requisito imprescindibile perché siano garantiti i LEA e, in definitiva il nucleo irriducibile del diritto alla salute che in essi si identifica²⁰. A titolo esemplificativo, la riduzione dei posti in organico dovrebbe essere un effetto diretto della riduzione dei posti letto, delle strutture semplici e complesse e del conseguente fabbisogno di personale e non solo del blocco del turnover che genera tagli lineari alla dotazione organica, onde evitare di incidere negativamente sullo standard nazionale dei LEA²¹.

Le strutture ospedaliere dovrebbero garantire l'appropriatezza dei servizi essenziali senza ricorrere a un impiego intensivo delle unità di personale e sistematicamente a turni di pronta disponibilità, che, proprio per garantire l'adeguatezza e l'appropriatezza del servizio, dovrebbero essere limitati a situazioni di emergenza, vietando di farvi ricorso per sopperire a carenze di organico.

Pertanto, seppure fosse garantita la continuità del servizio, perché durante le 24 ore un medico è sempre presente in reparto, certamente deve escludersi che ne siano garantite l'adeguatezza e la qualità che concorrono a definire i LEA, perché le risorse in concreto impegnate sono sottoposte a turni non compatibili con i limiti contrattuali posti a salvaguardia, non solo dell'integrità psicofisica dei lavoratori, ma dell'interesse ad una corretta organizzazione del servizio per evitare che le concrete, anomale condizioni di lavoro aumentino il rischio di errori medici²². Ed infatti, la lesione dell'interesse dei medici del SSR di essere preservati dal rischio e dalla conseguente responsabilità per eventi avversi è tanto maggiore quanto più l'organico si presenta carente rispetto allo standard organizzativo stabilito dagli atti di programmazione²³.

La dotazione organica, infatti, costituisce un requisito organizzativo il cui standard minimo deve corrispondere al fabbisogno di personale in rapporto al volume e alla tipologia delle attività e in rapporto all'organizzazione dei singoli presidi, in maniera tale da garantire il corretto svolgimento delle attività. Sul punto, la Corte costituzionale

²⁰ Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309, in *www.cortecostituzionale.it*. Sul punto, S. BARBARESCHI, *Tecniche argomentative della Corte a tutela dei diritti sociali condizionati*, in *Federalismi.it*, 13, 2018; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Consulta online*, 1, 2017, p. 105; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016; C. MARCHESE, *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, in *www.corte-costituzionale.it*, 2014.

²¹ T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 13 aprile 2018, n. 572, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha ritenuto del tutto coerente in quest'ottica la scelta della Regione Puglia (delibere della Giunta Regionale n. 527/2006 e n. 2163/2009) di utilizzare l'orario di servizio del personale sanitario per stabilire il fabbisogno della dotazione organica in relazione ai tempi delle prestazioni sanitarie corrispondenti ai LEA.

²² T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 13 aprile 2018, n. 571, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²³ V. BACHELET, *Il rapporto tra Asl e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 777; R. PUCCELLA, *La responsabilità dell'Asl per l'illecito riferibile al medico di base*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 934; D. ZORZIT, *La Cassazione, il fatto del medico di base e la responsabilità contrattuale della Asl: nuove geometrie e qualche perplessità*, in *Danno resp.*, 2015, p. 794.



ha chiarito che i livelli essenziali delle prestazioni, ivi comprese quelle assistenziali sanitarie, sono definiti attraverso standard strutturali e qualitativi, ivi comprese le dotazioni di personale qualificato, perché ne sia garantito l'accesso, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto²⁴. Chiaramente allora, se la dotazione organica dei presidi sanitari non corrisponde agli standard previsti con atti normativi statali e regionali, è pregiudicata la stessa possibilità di erogare prestazioni qualitativamente e quantitativamente corrispondenti ai LEA, con la conseguenza che gli operatori sanitari impiegati in turni che devono coprire l'orario di accesso al servizio al quale sono addetti sono concretamente e direttamente coinvolti nel rischio di dover rispondere, secondo le regole generali, per eventi avversi in concorso con la struttura sanitaria.

In definitiva, il fine delle scelte politico-amministrative della Regione in materia di organizzazione sanitaria è quello di garantire le strutture, i mezzi e il personale per soddisfare il bisogno di servizi sanitari essenziali della popolazione, intervenendo, quando la riduzione della spesa arriva ad intaccare il limite incompressibile dei LEA, sulle fonti regionali di finanziamento della spesa sanitaria aumentandone il flusso modificando le aliquote fiscali o mediante manovre di bilancio compensative²⁵. Sebbene, infatti, l'obiettivo della riduzione della spesa per il personale costituisca uno dei cardini della politica di bilancio del settore sanitario regionale, deve essere la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione²⁶. Gli atti di programmazione devono tenere conto dell'incompressibilità dei LEA, dei limiti di durata dell'orario di lavoro del personale medico – da ultimo oggetto di procedura d'infrazione in sede comunitaria (n. 2011/4185 ex art. 258 del TFUE per contrasto con gli articoli 2, 3, 6, 17, par. 2, della direttiva 2003/88/CE) per violazione dell'obbligo di garantire al lavoratore undici ore di riposo consecutivo ogni ventiquattro ore. In altre parole, le dotazioni organiche non possono mai anteporre il rispetto dei limiti di spesa per il personale all'appropriatezza della prestazione sanitaria²⁷.

La situazione diventa ancora più complessa se si considera che alcune regioni, pur essendo state commissariate per più di dieci anni, ancora non hanno raggiunto l'equilibrio di bilancio e che vi sono a volte dubbi sulla gestione della sanità regionale da parte delle strutture commissariali.

1.4. Il diritto alla salute alla prova della pandemia da Covid-19, con particolare riferimento all'organizzazione amministrativa.

Nel contesto prepandemico la sanità Italiana appariva a due velocità: alcune regioni avevano sistemi sanitari apparentemente efficienti mentre altre presentavano gravi

²⁴ Corte cost. n. 50/2008 e n. 168/2008; n. 387/2007, in www.cortecostituzionale.it.

²⁵ Corte cost. n. 187/2012, in www.cortecostituzionale.it.

²⁶ Corte cost. n. 275/2016, in www.cortecostituzionale.it.

²⁷ T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 13 aprile 2018, n. 572, in www.giustizia-amministrativa.it.



carenze e problemi anche per il raggiungimento dei livelli essenziali. In questo contesto alcune regioni dai sistemi sanitari apparentemente "virtuosi" avevano ridotto la sanità di base a favore di una iperspecializzazione. Allo stesso tempo era stato avviato un dibattito sul rilievo dei poteri delle Regioni in ambito sanitario e si erano avviati alcuni percorsi istituzionali che avrebbero dovuto rafforzare le competenze in ambito sanitario di alcune regioni.

Nella riunione straordinaria del 13 maggio 2021, il Presidente della Corte Costituzionale ha sottolineato l'esigenza di coordinamento e correzione delle inefficienze del Servizio Sanitario Nazionale. È stato sottolineato che «la peculiarità di un servizio sanitario nazionale ma a gestione regionale richiede un esercizio forte, da parte dello Stato, del potere di coordinamento e di correzione delle inefficienze regionali: un esercizio inadeguato di questo potere non solo comporta rischi di disomogeneità ma può ledere gli stessi livelli essenziali delle prestazioni. Questo problema di fondo si è riproposto nel contesto attuale, pure caratterizzato dalla competenza esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale, competenza che avrebbe dovuto garantire quell'unitarietà di azione e di disciplina che la dimensione nazionale dell'emergenza imponeva e tutt'ora impone»²⁸. Invero, con l'erompere della pandemia da Covid-19, soprattutto nella cd. fase 1, sono state messe a nudo le falle del Servizio Sanitario Nazionale in generale e quello Regionale in particolare²⁹. Il descritto quadro normativo pre pandemico³⁰ ha ridotto all'osso le dotazioni organiche, rendendo il sistema sanitario del tutto inadeguato – oltre che impreparato – a fronteggiare la drammatica emergenza derivante dalla diffusione del coronavirus. Anche la scelta di spostare il punto di equilibrio tra sanità di base e sanità specialistica a vantaggio di quest'ultima operata in alcune regioni ha mostrato i propri limiti con l'arrivo del Covid -19³¹. L'inarrestabilità dei contagi e la difficoltà dei tracciamenti hanno riaperto la discussione sulle carenze e sull'inadeguatezza della medicina di base e sulle contraddizioni di un impianto giuridico, troppo spesso intrappolato nel difficile gioco di equilibri tra competenze centrali e regionali, tra

²⁸ G. CORAGGIO, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020*, in www.cortecostituzionale.it, 13 maggio 2021, p. 7.

²⁹ R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020; C. CIARDO, *Il Servizio sanitario nazionale alla prova dell'emergenza Covid-19: il rischio di una sanità disuguale*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020; G.C. DE MARTIN, *Il Servizio sanitario nazionale dopo la pandemia: quale futuro*, in *Amministrazione In Cammino*, 29 maggio 2020; G. DI GASPARE, *L'impatto del Coronavirus sulle risorse del Servizio sanitario nazionale. Qualche spunto di riflessione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020; A. PIOGGIA, *Coronavirus e sistema sanitario nazionale*, in *Blog ridiam.it*, 14 marzo 2020; F. ALAGNA, *Emergenza coronavirus: verso una tutela globale della salute?*, in *Diritti Regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2020; U. ALLEGRETTI, E. BALCONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 1/2020; F. TORRE, *Il (carattere bidimensionale del) principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da coronavirus*, in *Diritti Regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 22 aprile 2020; C. BOTTARI, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus*, in *Federalismi.it*, 13 maggio 2020.

³⁰ Cfr., *supra*, §§ 1.1. e 1.2.

³¹ Esempio sembra in tal senso quanto avvenuto in Regione Lombardia.



pubblico e privato. Quanto evidenziato mostra l'urgenza di una riforma dell'organizzazione amministrativa e tecnica del sistema sanitario nazionale, con una riconsiderazione del ruolo strategico della cd. medicina di prossimità³². In questa prospettiva sembra opportuno prestare attenzione anche al profilo specifico del Medico di medicina generale (MMG) o medico di famiglia, che è stato oggetto negli ultimi anni di attenzione della disciplina normativa e della giurisprudenza soprattutto sotto il profilo della responsabilità civile, penale e contabile³³, piuttosto che in quanto nodo nevralgico dell'organizzazione delle reti territoriali dei servizi sanitari di prossimità.

Durante la cd. fase 1, hanno fatto il giro del mondo le immagini degli infermieri italiani stremati da turni di lavoro massacranti, che hanno acceso un forte dibattito, anche nell'opinione pubblica, in ordine alla necessità per il legislatore di intervenire con apposite disposizioni normative finalizzate a limitare la responsabilità medica in tempo di coronavirus³⁴.

Nel disegno delineato dalle riforme della fine secolo scorso, le aziende sanitarie locali costituiscono forme di erogazione dei servizi sanitari a titolarità regionale su tutto il territorio regionale. Per i servizi sanitari di base, si ha, da un lato, una pulsione verso l'esclusività e l'accentramento delle prestazioni in capo alle aziende sanitarie locali; dall'altro, la necessità di garantire l'esercizio libero delle professioni sanitarie, la libera scelta degli utenti, l'organizzazione sussidiaria e partenariale dei servizi sanitari da parte delle strutture private accreditate e convenzionate. Così, Per l'assistenza medico-

³² L'espressione, sempre più frequente nella letteratura medica e nella disciplina degli ordinamenti sanitari regionali, delinea l'organizzazione dei servizi socio-sanitari di base o di I livello al di sotto del livello della aziende sanitarie: comprende così, la tradizione organizzazione territoriale dei servizi sanitari sub aziendali, articolata in dipartimenti di prevenzione, distretti e medici di medicina generale, fino alle forme innovative introdotte dalle riforme nazionali e regionali degli ultimi anni, come le "aggregazioni funzionali territoriali" previsti dal dl 158/12, le cure domiciliari integrate, i servizi sociosanitari primari, la teleassistenza sanitaria. Cfr., *ex multis*, Decreto commissariale della Regione Campania n. 83 del 31/10/2019, che delinea il Piano Regionale della Rete di Assistenza Sanitaria Territoriale 2019 - 2021).

³³ È sufficiente in proposito leggere la più recente giurisprudenza contabile e le riforme introdotte dalla l. 24/2017, cd. Gelli-Bianco.

³⁴ L'emendamento A.S. 1766 al decreto Cura Italia 2020, a prima firma Marcucci, ridefinito quale "Disposizioni in materia di responsabilità per eventi dannosi che abbiano trovato causa nella situazione di emergenza da COVID-19", poi ritirato il 5 aprile 2020, stabiliva che la valutazione sul comportamento dell'esercente la professione sanitaria doveva tenere in considerazione il rapporto tra la situazione organizzativa e logistica della struttura sanitaria, l'eccezionalità dell'ambiente in stato di emergenza, il numero di pazienti su cui intervenire e la gravità delle loro condizioni, la disponibilità di attrezzature e di personale, il livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore. Sul punto, U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2021, p. 62; U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – I parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2020, p. 1768; P. FRATI, P. MANCARELLA, F. VIZZINO, R. LA RUSSA, V. FINESCHI, *Profili di responsabilità medica nell'emergenza covid-19: è già tempo per una rievitazione della legge n. 24/2017*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2020, p. 1714; B. BONVICINI, A. VIERO, F. DONELLI, M. GABRIELLI, G. CECCHETTO, C. TERRANOVA, G. VIEL, M. MONTISCI, *La sicurezza delle cure in corso di pandemia da covid-19: una nuova sfida per il sistema sanitario nazionale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2, 2020, p. 1033; G. FACCI, *La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile*, in *Responsabilità civile*, 3, 2020, p. 706.



generica, pediatrica e farmaceutica, il compito di organizzare l'esplicazione del servizio spetta esclusivamente alle ASL, che tuttavia operano di norma in base a convenzioni con soggetti terzi, le quali sono fonte di nessi organizzativi di secondo grado che legittimano all'erogazione del servizio pubblico. Per ciascun professionista convenzionato vengono individuati, nella convenzione, obiettivi, programmi di attività e livelli di spesa (*budget*) per assistito. Le riforme degli anni 2000, ed in particolare il dl 158/12, hanno introdotto poi diverse tipologie di aggregazioni e reti territoriali di professionisti, che differenziano ancora di più il quadro nei diversi sistemi regionali.

Nell'ambito dei servizi sanitari di prossimità, i professionisti convenzionati operano attraverso forme di coordinamento operativo nell'ambito dell'*organizzazione distrettuale* della ASL. Per l'erogazione delle prestazioni sanitarie di base, la ASL si riparte – secondo un modello già delineato dalla l. n. 833/1978 – in dipartimenti di prevenzione, distretti e presidi ospedalieri, dotati di parziale autonomia gestionale e finanziaria. All'inizio degli anni 2000, quindi, sono i distretti che devono erogare, secondo quanto disciplinato dalla legge regionale, i servizi di assistenza primaria, assicurando la continuità assistenziale e costituendo il nucleo dei servizi di medicina di prossimità³⁵.

Negli ultimi anni la contrazione dei finanziamenti dei sistemi sanitari ha portato a concentrare le risorse sulle grandi strutture ospedaliere, con un ridimensionamento dello sviluppo della rete distrettuale dei servizi sanitari di base e del ruolo dei MMG e un sovraccarico delle strutture.

Nel 2012 il D.L. n. 158 cerca di affrontare il problema, prevedendo l'organizzazione dei servizi territoriali di assistenza primaria secondo due modalità operative, le "aggregazioni funzionali territoriali" che condividono, in forma strutturata obiettivi e percorsi assistenziali, strumenti di valutazione della qualità assistenziale, linee guida e audit; le forme organizzative multi professionali denominate "unità complesse di cure primarie" (UCCP) che prevedono il coordinamento e l'integrazione dei medici (medici di medicina generale, pediatri di libera scelta), delle altre professionalità convenzionate con il SSN (specialisti del territorio, guardia medica), degli infermieri, delle professionalità ostetriche, tecniche e della riabilitazione, della prevenzione e del sociale. La riorganizzazione della rete ospedaliera e la riduzione dei posti letto, nonché la riduzione degli accessi presso i pronto soccorso per i casi meno gravi, codici bianchi ed alcuni verdi, in questa prospettiva doveva derivare soprattutto da un potenziamento dei servizi territoriali, con particolare riferimento all'assistenza primaria, alla medicina di prossimità.

Il disegno riformatore del 2012, nell'attuazione da parte delle singole Regioni, sembra ancora un percorso da realizzare compiutamente, come è emerso nell'emergenza Covid19, dove la medicina di prossimità, le sue reti, i compiti, i ruoli e i mezzi dei MMG sono apparsi in tutta la loro preoccupante inadeguatezza.

³⁵ Cfr. R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013.



Come è stato sottolineato, l'emergenza Covid19 ha sottoposto l'ordinamento italiano a tre ordini di criticità: «i ricorrenti conflitti tra il livello nazionale e talune autonomie, specie regionali; la disomogeneità e la diversa tenuta delle organizzazioni e dei servizi sanitari sul territorio; le confusioni nelle indicazioni comportamentali e nella messa in atto di misure per rilevare e/o impedire il contagio»³⁶. La seconda criticità coinvolge direttamente i modelli organizzativi realizzati da ciascuna Regione in campo sanitario: «Altra differenza rilevante che è emersa in questa fase emergenziale è quella riguardante la solidità della rete di presidi territoriali non ospedalieri, facenti capo anzitutto ai medici di base: rete che, laddove presente in tutto il territorio e non sguarnita da scelte regionali incentrate sugli ospedali, ha reso possibile – nonostante la larga inattuazione della riforma Balduzzi del 2012 – un supporto prezioso pre o alternativo a quello ospedaliero, consentendo di fronteggiare meglio una situazione straordinaria in virtù della conoscenza ordinaria dei pazienti sia sintomatici che asintomatici»³⁷.

La pandemia ha comportato la necessità di riorganizzare – con somma urgenza – il sistema sanitario, da una parte (a) con riferimento alla dotazione organica delle strutture ospedaliere, dall'altra (b) relativamente alle prestazioni ed ai servizi erogati, diversi da quelli afferenti alla cura dei pazienti affetti da Covid-19, dall'altra ancora (c) in relazione alle modalità di approvvigionamento di materiale sanitario utile al contrasto della diffusione del coronavirus (a cominciare dai dispositivi di protezione individuale, tra cui mascherine e guanti, di cui lo stesso personale medico si è trovato sprovvisto al raggiungimento del primo picco dell'emergenza) ed alla cura dei malati (soprattutto, le bombole di ossigeno).

Quanto alla dotazione organica sono emerse alcune criticità in parte dovute al mancato aggiornamento del "Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale" approvato nel 2006 dalla Conferenza Stato-Regioni. Per affrontare la situazione (a), il Governo con una normativa emergenziale a carattere d'urgenza ha effettuato una vera e propria "chiamata alle armi", provvedendo a reclutare – soprattutto nelle strutture ospedaliere site nelle regioni più colpite dalla pandemia in particolare nella cd. fase 1 – personale a tempo determinato, volontari e finanche medici specializzandi³⁸.

³⁶ G.C. DE MARTIN, *Il Servizio sanitario nazionale dopo la pandemia: quale futuro*, in *Amministrazione In Cammino*, 29 maggio 2020.

³⁷ G.C. DE MARTIN, *Il Servizio sanitario*, op. ult. cit.

³⁸ A. ZILLI, *Il reclutamento emergenziale del personale sanitario, alla ricerca della sanità "che verrà"*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 4, 2020, p. 1801, secondo cui l'emergenza Covid-19 ha consentito, nell'ambito delle modalità di reclutamento del personale sanitario, «di abbattere dei veri e propri taboos, che hanno e ancora potranno rappresentare delle inutili procrastinazioni alla conclusione di percorsi definiti, con obbligo di frequenza dell'intero tirocinio. Consentire ai giovani professionisti sanitari di entrare "un po' prima" e "un po' più facilmente" nel mondo del lavoro potrà, auspicabilmente, attenuare la c.d. fuga dei cervelli, che, nel medio-lungo periodo, mette in serio pericolo la tenuta della sanità italiana».



Quanto alla rimodulazione delle prestazioni (b), le Regioni hanno generalmente preferito emanare ordinanze contingibili e urgenti per adottare misure organizzative volte al contenimento ed alla gestione dell'emergenza epidemiologica nella disciplina delle attività sanitarie e assistenziali di tutti i servizi sanitari, sociosanitari e di riabilitazione³⁹. In particolare, con l'obiettivo di prevenire e contenere il rischio di contagio, riducendo ogni contatto sociale non strettamente indispensabile, per la maggior parte, le regioni hanno sospeso sull'intero territorio di competenza le attività sanitarie e assistenziali dei servizi sanitari e sociosanitari locali semiresidenziali pubblici e privati (riabilitazione estensiva, centri diurni per anziani e per disabili non autosufficienti, pazienti psichiatrici minori e adulti), i servizi sociali a regime diurno attivati dagli ambiti territoriali sociali, i servizi ambulatoriali e domiciliari di riabilitazione estensiva e di specialistica, fatte salve quelle urgenti e indifferibili. In proposito, le ordinanze adottate hanno imposto ai Direttori Sanitari di segnalare tempestivamente al Distretto Sanitario di residenza del paziente la necessità di non interrompere il progetto riabilitativo per determinati soggetti. È stata assicurata la prosecuzione del trattamento, anche in forma domiciliare, laddove possibile. In quest'ottica, è stato stabilito l'obbligo per le Aziende Sanitarie Locali di rafforzare l'ordinaria organizzazione dei servizi di cure domiciliari, al fine di garantire assistenza e prestazioni sanitarie e sociosanitarie indifferibili a domicilio a soggetti disabili, adulti e anziani non autosufficienti, non in grado di frequentare i servizi sanitari e sociosanitari per effetto delle adottate misure di sospensione degli stessi. Sono stati comunque garantiti i servizi di assistenza domiciliare attivati dagli ambiti territoriali sociali, in particolare a favore dei cittadini indigenti o soli, fermo l'obbligo dell'adozione di ogni idonea misura precauzionale. Gli ambiti territoriali sociali potevano comunque decidere di differire le prestazioni non essenziali, tenuto conto delle esigenze di protezione del personale impegnato e degli utenti più fragili. Come si vede, con le ordinanze in esame è stato effettuato un delicato contemperamento di tutti gli interessi in gioco, ovverosia la tutela della salute pubblica, il diritto individuale alla salute, l'assistenza alle fasce deboli della popolazione e le esigenze di protezione dei lavoratori del comparto sanitario.

Infine, quanto alle modalità di approvvigionamento di materiale sanitario utile al contrasto della diffusione del coronavirus ed alla cura dei malati (c), il Governo ha consentito con il D.L. n. 18/2020 (cd. Decreto Cura Italia, convertito con modificazioni in L. n. 27/2020) la produzione, l'importazione e l'immissione in commercio di mascherine chirurgiche ed altri DPI in deroga alle normali disposizioni.

³⁹ G. CARULLO, P. PROVENZANO (a cura di), *Le Regioni alla prova della pandemia da COVID-19*, Voll. 1-2, Napoli, 2020.



L'approvvigionamento, inoltre, è stato garantito attraverso procedure di appalto rapide e semplificate⁴⁰.

2. *L'impatto dell'emergenza sanitaria sui livelli essenziali di garanzia dei diritti sociali, con particolare riferimento all'organizzazione dei servizi e delle prestazioni nell'istruzione scolastica.*

2.1. *La classifica dei diritti sociali e la ricerca di un equilibrio tra diritto alla salute e diritto all'istruzione.*

Il diritto all'istruzione⁴¹, in particolar modo declinato attraverso lo svolgimento delle attività didattiche in presenza, ha dovuto subire una forte compressione a causa dell'emergenza epidemiologica in atto⁴². Infatti, tutti gli attori interessati – dal Parlamento (*rectius*, Governo centrale) alle amministrazioni regionali e locali – sono stati chiamati, ciascuno per le proprie competenze e secondo il principio di sussidiarietà e leale collaborazione⁴³, ad adottare misure di contenimento del

⁴⁰ Sul punto, sia consentito rinviare a F. BORRIELLO, *Emergenza Covid-19. Le indicazioni dell'ANAC per lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica "a geometria variabile" e "a più velocità"*, in *"L'Amministrativista. Il Portale sugli Appalti e i Contratti Pubblici"*, Giuffrè, 2020.

⁴¹ La letteratura sul diritto all'istruzione è vastissima. Sia consentito rinviare a M. BENVENUTI, *Art. 34*, in F. CLEMENTI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Bologna, 2018, vol. I, p. 226; F. CORTESE, *La costituzione scolastica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018, p. 45; F. CORTESE, *L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale*, in E. CHITI (a cura di), *Unità e pluralismo culturale*, Firenze, 2016, p. 151; L. CORRADINI, *La Costituzione nella scuola*, Trento, 2014; F. PIZZOLATO, *La dimensione pedagogica della Costituzione*, in *Iustitia*, 2014, p. 409; A. POGGI, *Art. 34*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 699; S. CASSESE, A. MURA, *sub artt. 33-34 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, p. 201; S. CASSESE, *La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 3614; U. POTOTSCHNIG, *Istruzione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, p. 98; V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, p. 275.

⁴² F. DI LASCIO, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, in *Federalismi.it*, 4, 2021, p. 90; S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-19)*, in *Federalismi.it*, 1, 2020; G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2020; E. CARLONI, *Il diritto all'istruzione al tempo del coronavirus*, in *ASTRID Rassegna*, n. 6/2020, p. 6; M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, in *Le Regioni*, 4, 2020, p. 800; P. BILANCIA, *Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, 2020, p. 69, in particolare pp. 72-73 sul diritto all'istruzione; F. DI LASCIO, *Diritto all'istruzione e tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, p. 34.

⁴³ Il principio di sussidiarietà posto dall'art. 118 Cost. impone che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario, con attrazione in capo allo Stato anche della competenza legislativa. Come affermato dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303, in *www.cortecostituzionale.it*, in cui per la prima volta è stata teorizzata la cd. chiamata in sussidiarietà) che l'avocazione della funzione amministrativa si deve accompagnare all'attrazione della competenza legislativa necessaria alla sua disciplina, onde rispettare il principio di legalità dell'azione amministrativa, purché all'intervento legislativo per esigenze unitarie si accompagnino forme di leale collaborazione tra Stato e Regioni nel momento dell'esercizio della funzione amministrativa (sul punto, anche Corte cost., 22 luglio 2010, n. 278, in *ivi*). Sul riparto delle competenze tra Stato e regioni in tema di diritto all'istruzione, M. BENVENUTI, *Un "problema nazionale". Spunti ricostruttivi in tema di "istruzione" e "istruzione e ... formazione professionale", tra Stato e*



coronavirus nel campo dell'istruzione che hanno spesso portato alla sospensione delle attività didattiche in presenza, operando un difficile e delicato bilanciamento tra diritto alla salute e diritto all'istruzione.

In proposito, come la più recente giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto, «se è innegabile che il diritto alla salute è al vertice dei diritti sociali, perché consente all'individuo di godere delle libertà e degli altri diritti che la Repubblica riconosce, nondimeno il diritto all'istruzione si colloca poco dietro. Esso è il principale strumento con cui lo Stato provvede, ai sensi dell'art. 3, comma 2, a rimuovere, specie nei territori più svantaggiati, gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Attraverso l'istruzione, inoltre, si hanno più ampie prospettive di accesso al lavoro su cui la Repubblica è fondata»⁴⁴.

2.2. L'organizzazione della didattica (in presenza e a distanza) come strumento di contemperamento tra salute e istruzione nell'emergenza pandemica.

Invero, più che le disposizioni emanate a livello nazionale⁴⁵ o regionale⁴⁶ per contrastare l'epidemia da Covid-19 in ambito scolastico, sono le misure adottate a

Regioni, a partire dalla giurisprudenza costituzionale, in *Federalismi.it*, 1, 2015, p. 1; S. TROILO, *Il diritto allo studio fra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, 9, 2012.

⁴⁴ T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 21 gennaio 2021, n. 120, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁵ La legislazione in questione trova giustificazione nella competenza legislativa attribuita in via esclusiva allo Stato dall'art. 117, comma 2, lett. q), Cost. in materia di "profilassi internazionale" (sul punto, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 9 maggio 2020, n. 841, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Ma la competenza legislativa si rinviene anche nel medesimo art. 117, comma 3, Cost., che attribuisce allo Stato competenza concorrente in materia di tutela della salute e protezione civile, letto in connessione con l'art. 118, comma 1, Cost. Sul tema che ci occupa, il ruolo centrale è assunto dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, conv. con mod. con l. 22 maggio 2020, n. 35, per come risultante dai successivi interventi modificativi e interpolativi prodotti dal d.l. maggio 2020, n. 33, conv. con mod. con l. 14 luglio 2020, n. 74, dal d.l. 30 luglio 2020, n. 83, conv. con mod. con l. 25 settembre 2020, n. 124, e dal d.l. 7 ottobre 2020, n. 125. L'art. 1 prevede, per quel che in questa sede rileva, che, allo scopo di contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus Covid-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso, possono essere adottate una o più misure che, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso, possono prevedere, tra l'altro, la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'art. 2 del d.lgs. 13 aprile 2017, n. 65, e delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado. Il successivo art. 2, comma 1, attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di emanare, con D.P.C.M., tali misure sentite, come precisato dall'art. 1, comma 5 d.l. n. 83 del 2020, i presidenti delle Regioni interessate nel caso in cui le misure ivi previste riguardino esclusivamente una Regione o alcune Regioni, ovvero il presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale. Con specifico riferimento al sistema scolastico ed all'organizzazione delle attività didattiche, l'art. 1 del D.P.C.M. 3.11.2020 ha individuato alcune misure valide su tutto il territorio nazionale, precisando comunque, all'art. 1, comma 7, lett. s), che l'attività didattica ed educativa per la scuola dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia continua a svolgersi in presenza, con uso obbligatorio di dispositivi di protezione delle vie respiratorie salvo che per i bambini di età inferiore ai sei anni e per i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina. Con i successivi artt. 2 e 3 sono state individuate misure più restrittive rispettivamente per le Regioni che, dal punto di vista epidemiologico, si collocavano rispettivamente in uno "scenario di tipo 3" e con un livello di rischio "alto" (cd.



livello locale, attraverso lo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti⁴⁷, che hanno costituito maggiore motivo di contenzioso in sede giurisdizionale. Infatti, ai fini del contenimento della diffusione del coronavirus sul territorio comunale, molti Sindaci hanno disposto – ferme restando le misure statali e regionali di contenimento del rischio già vigenti – lo svolgimento delle attività didattiche delle scuole dell’infanzia, primarie e secondarie di primo grado, sia pubbliche che private, esclusivamente – ove possibile e con organizzazione integralmente demandata all’autonomia delle istituzioni scolastiche⁴⁸ – con modalità a distanza. L’attività didattica in presenza, ossia all’interno dei locali scolastici, è stata da più parti indicata come baluardo sociale, soprattutto per gli studenti più giovani, essenziale per il pieno ed integrale sviluppo psico-fisico, tanto in termini di apprendimento quanto in termini di relazioni interpersonali, aspetti particolarmente sensibili in età scolare e non surrogabili in termini equipollenti dalla didattica da remoto. Pertanto, l’adozione di misure organizzative a favore di una didattica esclusivamente da remoto hanno destato non poche perplessità – talvolta manifestazioni e proteste – anche nell’opinione pubblica.

Regioni arancioni) e per quelle che si collocavano in un “scenario di tipo 4” e con un livello di rischio “alto” (cd. Regioni rosse). Persino in quest’ultima ipotesi rimaneva fermo lo svolgimento in presenza della scuola dell’infanzia, della scuola primaria, dei servizi educativi per l’infanzia e del primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado (artt. 2 e 3, comma 4, lett. f).

⁴⁶ L’art. 3, comma 1, del d.l. n. 19/2020, letto in combinazione con l’art. 1, comma 16, d.l. n. 33 del 2020, consente alle Regioni di adottare misure di efficacia locale “nell’ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l’economia nazionale”. Ciò è attualmente possibile, in relazione all’andamento della situazione epidemiologica sul territorio, nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui si è detto, informando contestualmente il Ministro della Salute. Le misure possono derogare in senso restrittivo rispetto a quelle disposte dal Presidente del Consiglio dei Ministri, oppure, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d’intesa con il Ministro della Salute, anche ampliative. Il comma 3 dell’art. 3, infine, precisa che “le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente”.

⁴⁷ Il fondamento normativo del potere sindacale di ordinanza, in caso di emergenza sanitaria, è da individuare nell’art. 32, comma 3, l. 23 dicembre 1978, n. 833, e nell’art. 50 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. In via generale, il ricorso all’ordinanza contingibile e urgente è stato ritenuto dalla giurisprudenza (tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474, in *www.giustizia-amministrativa.it*) ammissibile unicamente al fine di fronteggiare con immediatezza sia una situazione di natura eccezionale ed imprevedibile, sia una condizione di pericolo imminente al momento dell’adozione dell’ordinanza. Sul punto, A. NEGRELLI, *Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza nella giurisprudenza italiana*, in *Foro amm. TAR* 2012, 9, p. 3009; A. CARDONE, *La normalizzazione dell’emergenza: contributo allo studio del potere extra ordinem del governo*, Torino, 2011, p. 25; A. CAPPELLUCCI, *Il potere di ordinanza oltre l’emergenza: i problemi dell’impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Foro amm. TAR* 2010, 1, p. 321; G. RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; M. GNES, *I limiti del potere d’urgenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, p. 641; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. Dig.*, XII, 1965, p. 90.

⁴⁸ Sull’autonomia delle istituzioni scolastiche, F. SAIITA, *L’autonomia statutaria delle istituzioni scolastiche: prospettiva concreta o «utopia imperfetta?»*, in *Federalismi.it.*, 6, 2019, p. 1; M. BOMBARDELLI, M. COSULICH (a cura di), *L’autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, Padova, 2005; A. POGGI, *L’autonomia scolastica nel sistema delle autonomie regionali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2-3, 2004, p. 229; C. MARZUOLI, *L’istituto scolastico autonomo*, in C. MARZUOLI (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003, p. 117.



Generalmente la parte motiva delle citate ordinanze emergenziali è stata costruita sui seguenti presupposti di fatto: (1) l'andamento del contagio, con un costante aumento dei casi di positività; (2) la fragilità dell'organizzazione sanitaria regionale, come evidenziato a diversi livelli istituzionali, non adeguata a fronteggiare un eccessivo diffondersi dell'epidemia, soprattutto nelle prime fasi dell'emergenza sanitaria; (3) il fatto che i bambini, in quanto molto spesso asintomatici, sono considerati un grande veicolo del virus per come rilevato da autorevoli esponenti della comunità scientifica; (4) i rischi di contagio elevati, nelle prime fasi della pandemia, e tali da richiedere un'allerta alta ed il mantenimento delle misure di contenimento più rigide con riferimento al mondo della scuola, nel pieno rispetto del principio di precauzione⁴⁹.

Quanto al fondamento dell'esercizio del potere sindacale di ordinanza, come è stato acutamente osservato dalla dottrina costituzionalistica ed amministrativistica⁵⁰,

⁴⁹ Sul tema del diritto amministrativo dell'emergenza come espressione del principio di precauzione, V. DI CAPUA, *La regolazione del rischio di emergenza e la regolazione del «panico del rischio» nella pandemia Covid-19*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2, 2020, p. 301; R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 1, p. 14; S. COGNETTI, *Precauzione nell'applicazione del principio di precauzione*, in G. LEONE (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, p. 387; B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 194; M. RENNA, *Le misure amministrative di "enforcement" del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, 1, p. 61; I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Giustamm.it*; M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità*, in *Dir. ec.*, 2016, 2, p. 411; C. VIVANI, *Principio di precauzione e conoscenza scientifica*, in *Giur. it.*, 2015, 11, p. 2474; S. SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell'amministrazione e legittimazione procedurale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, 3; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dell'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *AIPDA, Annuario 2005. Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 140; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005.

⁵⁰ V. DI CAPUA, *Il potere governativo di annullamento straordinario e il mito della Fenice*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2021, pp. 271-272, secondo cui «la creazione da parte del legislatore nazionale di binari ben definiti entro cui incasellare il potere d'ordinanza regionale e sindacale risponde al duplice scopo di preservare la strategia unitaria di gestione della crisi, che potrebbe risultare compromessa da un esercizio incontrollato dello stesso, e al contempo, di lasciare un margine d'intervento alle autorità territoriali, definito "a monte" nei presupposti e nei contenuti, per risolvere tempestivamente criticità legate ai rispettivi ambiti. Ed è proprio la necessità di assicurare che il Governo mantenga la "regia" dell'operazione complessiva ad integrare la tutela dell'unità giuridica che legittima (e giustifica) l'esercizio del potere governativo di annullamento straordinario avverso un provvedimento suscettibile di pregiudicarla sul piano contenutistico ed effettuale». Anche I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2, p. 71, cui si rinvia per un'ampia e puntuale disamina delle ordinanze sindacali emanate nel corso dell'emergenza da Covid-19. L'A. ritiene ammissibile, a seguito dell'azione dell'esecutivo, un «intervento integrativo ed attuativo [delle misure nazionali e regionali da parte dell'organo sindacale] [...], in funzione sussidiaria e di leale collaborazione, oltre che [...] uno proprio, di guida e indirizzo della vita cittadina». Ciò in quanto «gli enti locali non hanno unicamente il compito di attuare quanto disposto altrove, quale ultimo anello della catena istituzionale, ma devono essere un interlocutore istituzionale primario, con il compito di adattare, adeguare, informare, bilanciare in base alla realtà fattuale» (p. 89). In termini analoghi, S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2020, p. 169, secondo cui le ordinanze sindacali «possono derogare alle disposizioni di legge vigenti, ma nei limiti e secondo i criteri indicati nel decreto che dichiara lo stato di emergenza e, comunque, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento». Sul punto, anche L. DIOTALLEVI, *Le ordinanze prefettizie sulle c.d. zone rosse: un nuovo capitolo della vicenda dell'art. 2 T.u.l.p.s., applicato alle politiche di "sicurezza urbana"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2020, p. 2560;



nell'odierno contesto emergenziale, una volta intervenuti i decreti governativi, non è preclusa l'adozione di ordinanze sindacali, ma il potere di ordinanza non può sovrapporsi ai campi già regolati dalla normazione emergenziale dello Stato, restando libero di intervenire solo in quelli lasciati scoperti – ancorché con il limite del necessario rispetto del bilanciamento tra principi e diritti costituzionali diversi operato in sede centrale – e in presenza di specifiche esigenze locali. In altri termini, nel contesto dell'emergenza derivante dall'epidemia di Covid-19, l'ordinanza contingibile e urgente è adottabile dal Sindaco a fronte di situazioni proprie del territorio comunale, che, per la loro specificità o per la loro improvvisa manifestazione, non sono state considerate in sede di adozione delle misure a carattere nazionale o regionale emesse per arginare la diffusione del virus. Ciò è ancor più vero con riferimento alle modalità attraverso cui viene organizzata l'istruzione scolastica, laddove vi è a monte la decisione, contenuta in vari D.P.C.M. emanati durante l'epidemia, di continuare a consentire lo svolgimento in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria, dei servizi educativi per l'infanzia, del primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado, anche nelle Regioni con il più alto rischio epidemiologico, e laddove vi è una specifica regolamentazione delle modalità organizzative di svolgimento delle lezioni, intesa a minimizzare il rischio di contagi. In questa materia, dunque, i vari diritti sociali coinvolti, quello alla salute, quello all'istruzione, quello allo svolgimento della personalità dei minori e degli adolescenti in un contesto di socialità, sono stati bilanciati e ricomposti a livello nazionale, peraltro con modalità tali da garantire una flessibile risposta ai diversi gradi di emergenza epidemiologica.

Pertanto, considerata la normativa vigente a livello nazionale, il bilanciamento tra i diritti sociali – per quanto di interesse ai fini del presente lavoro, salute e istruzione – «in un contesto di epidemia non può essere demandato all'intervento, per sua natura episodico e frammentario, dei Sindaci, i quali avranno potere di emettere ordinanza contingibile e urgente negli scarsi "spazi liberi" lasciati dalla regolamentazione nazionale e con i limiti già sottolineati»⁵¹.

Purtroppo non sempre il potere di ordinanza è stato correttamente esercitato dai Comuni e dalle Regioni che spesso non hanno rispettato il fondamento normativo e lo standard di accuratezza dell'istruttoria volta all'adozione delle ordinanze. Ed infatti, durante la pandemia, in varie occasioni il giudice amministrativo ha dichiarato illegittime le ordinanze sindacali che hanno imposto lo svolgimento della didattica a distanza⁵². Dunque, come si evince dalla giurisprudenza citata, la doverosa necessità di

E. RINALDI, *Sulle ordinanze regionali contingibili e urgenti ai tempi del 'Coronavirus'*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2020, p. 2549; V. DI CAPUA, I. FORGIONE, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti "alla prova" dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *AmbienteDiritto.it*, 3, 2020.

⁵¹ T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 21 gennaio 2021, n. 120, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵² Sul punto, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 29 gennaio 2021, n. 218, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha annullato l'ordinanza contingibile e urgente emessa dal Sindaco del Comune di Rende in quanto «gli elementi a disposizione del Comune, valutati nel loro insieme, non appaiono idonei da soli a far ritenere che gli istituti



tutelare la salute non può risolversi in una tirannia⁵³ di questo diritto rispetto alle altre libertà e agli altri diritti fondamentali, dovendosi ricordare 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 altri⁵⁴. La chiave di volta del sistema di garanzia dei diritti sociali costituzionalmente rilevanti consiste, dunque, nella necessità di individuare e far emergere nella motivazione provvedimento in modo analitico⁵⁵ l'interesse di volta in volta prevalente nel caso di specie, sulla base – per quanto di rilievo ai fini del presente lavoro – di dati scientifici contraddistinti per quanto possibile dal maggior grado di certezza tecnica⁵⁶, e nel principio di proporzionalità⁵⁷. Del resto, anche il Consiglio di

scolastici presenti nel territorio comunale costituiscano volano di diffusione epidemica al punto di giustificare il ricorso alla *radicale misura adottata dell'azzeramento di tutte le attività didattiche in presenza*, in deroga alla puntuale e completa disciplina dettata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e dagli altri atti e provvedimenti assunti *a livello di governo nazionale*» (corsivo mio nella citazione); T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 18 dicembre 2020, n. 2077, in *ivi*, secondo cui è illegittima l'ordinanza sindacale contingibile e urgente con la quale è stata disposta la sospensione delle attività didattiche delle scuole dell'infanzia, delle primarie e delle secondarie di primo grado, sia pubbliche che private, nel caso in cui non siano stati riscontrati focolai di infezione negli istituti scolastici con sede nel territorio del Comune, né un'incidenza del contagio nella popolazione locale, o un incremento dello stesso, maggiore della media nazionale; T.A.R. Calabria, Catanzaro, n. 120/2021, in *ivi*, che ha dichiarato illegittime le ordinanze sindacali con cui era stata sospesa nel Comune di Paola la didattica in presenza, in quanto nei provvedimenti impugnati – tra l'altro – era stato trascurato «il fenomeno, presente soprattutto nel Mezzogiorno d'Italia, del cd. divario digitale» e non era stata verificata «la effettiva possibilità per tutti gli alunni di accedere pienamente a modalità didattiche "a distanza" sostitutive della presenza in aula». In termini identici, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 18 gennaio 2021, n. 100, in *ivi*.

⁵³ Di «tirannia dei valori», ovverosia di quel rapporto per cui «il valore superiore ha il diritto e il dovere di sottomettere a sé il valore inferiore, e il valore in quanto tale annienta giustamente il non valore in quanto tale», parla C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* (1960), trad. it., Milano, 2008, p. 60.

⁵⁴ Corte cost. n. 85/2013, in *www.cortecostituzionale.it*. Sul punto, P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea*, in *L'ircovero*, 1, 2021, pp. 128-129, secondo cui «le situazioni di emergenza, e certamente quelle gravi al punto da incidere su alcuni diritti o alcune libertà fondamentali, in un ambiente costituzionale come quello italiano che ne contempla di numerosi, sono abbastanza chiaramente orientate a salvaguardare *altri* diritti o *altre* libertà fondamentali; con la conseguenza che con la decisione di emergenza contemporanea non di "togliere" diritti si tratta, ma di curarsene, giacché abbiamo imparato a comprendere che "fondamentale" non significa né "unico", né "assoluto", come le tante necessità di *bilanciamento* ci hanno insegnato». Anche secondo L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021, p. 44, «l'emergenza non è una condizione giuridica particolare nella quale i diritti possono essere compressi per la salvezza dello Stato, della Nazione, dell'ordinamento. Ciò mi sembra incompatibile con la struttura della Costituzione e con la sua descrizione dell'appartenere e manifestarsi della sovranità. Piuttosto, l'emergenza è funzionale al permanere e garantirsi dei diritti fondamentali nella loro dimensione essenziale – e se non lo è, diviene rottura costituzionale». Sul punto, tra i più recenti contributi pubblicati, anche B. RAGANELLI, *Stato di emergenza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2020, p. 35; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 1, 2020; C. ACOCELLA, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, p. 463.

⁵⁵ G. IUDICA, *Profili ricostruttivi e differenziali della motivazione «rafforzata» e «analitica»*, in *Foro amm.*, 6, 2020, 1313.

⁵⁶ A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *Federalismi.it*, 1, 2020, che si sofferma sul rapporto tra scienza e diritto nella gestione del rischio legato all'emergenza pandemica e collaborazione pubblico-privato nei processi di *risk management*. Sulle valutazioni tecniche poste a fondamento di decisioni discrezionali, sia consentito rinviare a F. BORRIELLO, *Judicial review of administrative decisions based on complex technical evaluations. A comparative study between Italy and the United States*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, p. 1.



Stato, sia pure con l'interinalità propria della tutela cautelare monocratica, ha avuto modo di osservare che la rilevanza costituzionalmente garantita del diritto alla istruzione e l'importanza del contesto di socialità specialmente per gli alunni più giovani implicano che i provvedimenti di chiusura delle scuole o di sospensione delle attività didattiche in presenza debbano essere motivati con dati scientifici evidenzianti il collegamento tra focolai attivi sul territorio e impatto dell'attività scolastica in presenza⁵⁸. La scarsa cura nello svolgimento dell'istruttoria per la predisposizione delle ordinanze *de quibus* ha peraltro contribuito a realizzare continui cambi di equilibrio tra la prevalenza della salute e dell'istruzione, ingenerando a volte un senso di incertezza nei cittadini e la percezione di una grande perplessità in ordine alla corretta attribuzione delle competenze tra i diversi livelli di governo del territorio.

2.3. Organizzazione dei servizi e fruizione delle prestazioni nell'istruzione. L'autorefezione scolastica alla prova del Covid-19.

L'emergenza sanitaria in atto nel nostro Paese ha imposto non soltanto una rieducazione complessiva delle modalità di accesso agli istituti scolastici ma anche una diversa organizzazione e fruizione delle relative prestazioni, come il servizio di refezione scolastica⁵⁹. Infatti, nel novero delle misure di contrasto alla diffusione del coronavirus in ambiente scolastico, numerose Amministrazioni⁶⁰ hanno negato alle famiglie la possibilità di continuare ad esercitare il diritto di non aderire al servizio di ristorazione collettiva fornito dal Comune a titolo oneroso in favore degli alunni e di optare per la cd. autorefezione, ossia la possibilità di far consumare ai minori cibi di

⁵⁷ La letteratura sul principio di proporzionalità è praticamente sterminata. Sia consentito rinviare, tra i più recenti, a D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, relazione al Convegno dal titolo "Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato", svoltosi a Roma in data 20 novembre 2019, presso la sede del Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020; F. BORRIELLO, *Principle of proportionality and the principle of reasonableness*, in *Review of european administrative law*, 2, 2020, p. 155, e alla dottrina ivi dettagliatamente riportata.

⁵⁸ Cons. Stato, Sez. III, decreto 11 gennaio 2021, n. 18, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ Sulla refezione scolastica come servizio pubblico, S. MIRATE, *La tutela del cittadino utente consumatore; profili pubblicitari*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2020, p. 40, nt. 40, la quale cita «come esempio settoriale in cui un ruolo riservato all'Amministrazione Pubblica che non sia esclusivamente condizionato dalle logiche di mercato può ravvisarsi con riferimento ai servizi di refezione scolastica, ove il passaggio da un'erogazione pubblica del servizio, che contemplava anche forme di partecipazione e di contributo operativo dei genitori e più in generale della collettività degli utenti, a forme di esternalizzazione della gestione a soggetti privati ha finito per ridimensionare le garanzie degli utenti, spesso esclusi dal processo produttivo improntato principalmente a logiche economiche e di mercato»; G. MONTEODORO, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1, 2005, p. 75; S. BACCARINI, *La giurisdizione esclusiva e il nuovo riparto*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2003, p. 365, nt. 39. Sulla refezione scolastica come espressione di esercizio di funzioni di istruzione pubblica, G. MILO, *La potestà amministrativa riservata ai comuni di conformare i beni giuridici che trovano la propria materialità nel territorio comunale*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 6, 2019, p. 531, nt. 44; S. PARLATO, *Metodologia di stima e determinazione dei fabbisogni standard nei Comuni*, in *Lavoro nelle p.a.*, 1, 2013, p. 117.

⁶⁰ Tra le autorità competenti all'organizzazione del servizio mensa, oltre al Comune, deve annoverarsi lo stesso Istituto scolastico, che deve dettare misure organizzative riferite anche al servizio mensa.



preparazione domestica in ambito scolastico⁶¹. In proposito, la giurisprudenza ha affrontato la questione della qualificazione della natura giuridica⁶² dell'autorefezione individuale, questione che si riflette direttamente sull'assetto organizzativo del servizio, in relazione al regime di tutela azionabile nell'ambito del rapporto tra diritti sociali e libertà fondamentali⁶³.

Sul punto, la Corte di Cassazione ha affermato l'insussistenza di un diritto soggettivo perfetto e incondizionato all'autorefezione individuale nell'orario della mensa e nei locali scolastici, esprimendo perplessità circa la qualificazione dell'autorefezione quale diritto di libertà avente copertura costituzionale. Infatti, secondo la Suprema Corte, la qualificazione della situazione giuridica soggettiva quale interesse legittimo non è incompatibile con la rilevanza costituzionale dei beni giuridici coinvolti nell'esercizio del pubblico potere; il che si manifesta proprio con riferimento ai diritti sociali, categoria richiamata dalla Cassazione in materia di autorefezione scolastica, per cui si stabilisce che «non di libertà (personale) si tratta, ma di un diritto sociale (all'istruzione), evidentemente condizionato e dipendente dalle scelte organizzative rimesse alle singole istituzioni scolastiche, sulle quali i beneficiari del servizio pubblico possono influire nell'ambito del procedimento amministrativo, in attuazione dei principi di buon andamento dell'amministrazione pubblica, di cui all'art. 97 Cost., e con i consueti strumenti a tutela della legittimità dell'azione amministrativa»⁶⁴.

D'altra parte, il Consiglio di Stato ha ritenuto che tale questione «va più modestamente e concretamente contenuta entro profili organizzativi»⁶⁵, per cui si rimette all'Amministrazione «la verifica da parte della struttura scolastica della possibilità di assicurare l'autorefezione con modalità tali da assicurare la tutela della salute di tutti gli alunni»⁶⁶. Tali provvedimenti, con cui viene concessa o meno la possibilità per gli alunni di consumare il pasto domestico, implicano la spendita di un potere discrezionale riferito all'organizzazione del servizio scolastico, in particolare del

⁶¹ A. IEVOLELLA, *Scuola: sì al panino portato da casa in sala mensa*, in *Diritto & Giustizia*, 4, 2020, p. 10; S. MASINI, *Prescrizioni dietetiche e responsabilità del biologo (nutrizionista)*, in *Cassazione Penale*, 4, 2020, p. 1779, nt. 29; M. KATIA, *Cibo portato da casa e consumato nei locali adibiti a mensa scolastica: la decisione spetta alle Sezioni Unite*, in *Diritto & Giustizia*, 47, 2019, p. 6; A. OLIVA, *Diritto all'autorefezione nei locali scolastici durante l'orario della mensa. Nota a T.A.R. Roma, 13 dicembre 2019, n. 14368, sez. III*, in *Ilfamiliarista.it*, Giuffrè, 2020; A. OLIVA, *Inesistenza di un diritto soggettivo incondizionato a consumare cibo propri a scuola durante l'orario della mensa. Nota a Cassazione civile, 30 luglio 2019, n. 20504, sez. un.*, in *Ilfamiliarista.it*, Giuffrè, 2019.

⁶² In ogni caso, vertendosi in materia di situazioni giuridiche soggettive relative alla tutela della persona, sia pure nell'ambito dell'organizzazione di un pubblico servizio, assume rilievo preminente la natura non patrimoniale (per contenuto e funzione) della posizione dedotta in giudizio.

⁶³ Cass. civ., SS.UU., 30 luglio 2019, n. 20504, in *Giustizia Civile Massimario 2019*; Cass. civ., Sez. I, 11 marzo 2019, n. 6972; Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2021, n. 2851, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI, 2 dicembre 2020, n. 7640, in *ivi*; Cons. St., Sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5839, in *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 13 dicembre 2019, n. 14368, in *ivi*; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 19 settembre 2019, n. 722, in *Foro amministrativo (II)*, 2019, 9, 1519.

⁶⁴ Cass., SS.UU., n. 20504/2019.

⁶⁵ Cons. St., Sez. VI, ordinanza n. 538/2020, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁶ *Ibidem*.



servizio mensa. Essi sono idonei ad incidere sulla sfera giuridica non soltanto degli alunni ma anche dei relativi genitori, parimenti coinvolti nell'esercizio del potere organizzatorio del servizio scolastico⁶⁷. Secondo il Consiglio di Stato, dunque, si tratta di una posizione di interesse legittimo che, necessariamente, deve trovare il suo assetto all'interno del procedimento amministrativo, con gli ordinari strumenti di tutela ivi predisposti⁶⁸. Del resto, la qualificazione della situazione giuridica soggettiva (autorefezione individuale) quale interesse legittimo non determina alcuna limitazione della tutela giurisdizionale – comunque connotata dalla pienezza e dall'effettività ex art. 1 c.p.a. – ma subordina la realizzazione della pretesa sostanziale fatta valere dagli interessati all'intermediazione del pubblico potere, potendo essere conseguito il bene della vita agognato dai privati sul piano sostanziale soltanto attraverso l'assunzione di una decisione amministrativa che tenga conto e bilanci tutti gli interessi incisi dall'azione provvedimentale.

Sul punto, il Consiglio di Stato⁶⁹ ha affermato che l'autorefezione scolastica, quale esplicitazione della scelta alimentare tutelata dagli articoli 2 e 32 Cost., deve avere pari dignità rispetto a qualsiasi altra scelta clinica, etica o religiosa, specie in presenza di un rischio per la salute psicologica del minore. In particolare, l'autorefezione non comporta necessariamente una modalità solitaria di consumazione del pasto in tempo di pandemia, dovendosi – per quanto possibile – garantire, da parte dell'Amministrazione scolastica, la consumazione dei pasti degli studenti in un tempo condiviso che favorisca la loro socializzazione. Compete, infatti, all'amministrazione scolastica ed a quella comunale adottare una corretta organizzazione per la gestione dei rischi.

Proprio il rapporto tra diritti sociali e libertà fondamentali, relativamente all'autorefezione scolastica, è stato di recente approfondito dal Consiglio di Stato, secondo cui «i diritti sociali a differenza dei diritti di libertà, traducendosi nella pretesa di una prestazione pubblica, necessitano, a seconda del grado di impatto sugli interessi pubblici potenzialmente antagonisti e in considerazione della scarsità delle risorse economiche e materiali disponibili, di una mediazione amministrativa. Una volta che il potere è stato attribuito, è al corretto esercizio di questo che deve aversi riguardo per fornire piena tutela al titolare dell'interesse sostanziale (e in ciò risiede l'essenza dell'interesse legittimo), senza che possa darsi ultroneo rilievo alla natura "fondamentale" o "sociale" della situazione giuridica»⁷⁰. In tali ipotesi – quando cioè la prestazione pubblica è necessaria per consentire la realizzazione della pretesa sostanziale vantata dal privato, avente ad oggetto beni costituzionalmente garantiti –

⁶⁷ Cons. St., Sez. VI, 30 novembre 2020, n. 6926, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁸ Cons. St., Sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5839, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁹ Cons. St., Sez. VI, ordinanza 10 aprile 2020, n. 1884, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI, ordinanza 24 gennaio 2020 n. 298, in *ivi*; Cons. St., Sez. VI, ordinanza 20 dicembre 2019, n. 6368, in *ivi*.

⁷⁰ Cons. St., Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371, in *www.giustizia-amministrativa.it*.



l'Amministrazione è chiamata ad operare un equilibrato e ragionevole bilanciamento degli interessi concretamente rilevanti. Innanzitutto, l'Amministrazione dovrà valutare se sia possibile una coesistenza dell'interesse privato con l'interesse pubblico primario perseguito; in subordine, dovrà provvedere all'assunzione di decisioni limitative dell'altrui sfera giuridica soltanto ove rispettose del principio di proporzionalità. Pertanto, la scelta in concreto adottata dovrà essere idonea a conseguire l'obiettivo perseguito, non determinare un eccessivo sacrificio per gli interessi privati attinti – dovendosene salvaguardare il nucleo fondamentale, specie qualora si faccia questione di diritti sociali – e, comunque, necessaria⁷¹. Con particolare riferimento al servizio mensa, dunque, l'Amministrazione è tenuta, previo contraddittorio infraprocedimentale con i soggetti coinvolti nell'esercizio del pubblico potere e all'esito di un corretto e ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi, rispettoso del principio di proporzionalità, a valutare la possibilità di garantire l'autorefezione scolastica, adottando le opportune misure organizzative.

3. Il post emergenza. Verso un ripensamento dei canoni di efficienza ed efficacia per il superamento delle fratture territoriali ed una maggiore coesione nella riorganizzazione dei servizi e delle prestazioni dei diritti sociali.

Il post emergenza dovrà essere caratterizzato da un ripensamento dei canoni di efficienza ed efficacia per una migliore coesione territoriale nella riorganizzazione dei servizi e delle prestazioni dei diritti sociali.

Con particolare riferimento alla sanità, la regione d'Italia generalmente considerata il motore economico del Paese, la Lombardia, sembrava aver costruito negli anni – forte anche di notevoli disponibilità economiche⁷² – una sanità di eccellenza, che tuttavia si è dimostrata non efficiente alla prova della pandemia. Tali inefficienze non sono state generate [soltanto] dalla gravissima emergenza pandemica ma piuttosto sembrano riconducibili ad almeno due fattori connessi al ruolo della sanità privata che in alcuni casi ha una valenza centrale⁷³. Il primo fattore consiste nelle modalità di gestione della privatizzazione⁷⁴, ovvero nella previsione di un'organizzazione della sanità pubblica

⁷¹ Sul principio di proporzionalità quale canone dell'azione amministrativa e standard di sindacato giurisdizionale specificamente nell'emergenza sanitaria, F. PATRONI GRIFFI, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, 2021, in www.giustizia-amministrativa.it. Come è stato autorevolmente rilevato, con l'espandersi dei poteri pubblici emergenziali, il giudice amministrativo assume un ruolo di tutela dei diritti e degli interessi in gioco, esponendolo alla necessità di effettuare egli stesso quel bilanciamento che non è compiutamente effettuato nella norma, così che l'esame delle decisioni giudiziarie di questo periodo emergenziale «denota similitudine di temi e affinità delle tecniche di sindacato sull'uso dei poteri emergenziali, fondate sui canoni di ragionevolezza e proporzionalità» (pp. 4-5).

⁷² La spesa pubblica per la sanità in Lombardia vale 18mld di euro l'anno, ovvero il 75% del bilancio regionale.

⁷³ Cfr. P. BRIGUORI, *Relazione per la Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2020*, Procura Generale, Roma, 13 febbraio 2020, in www.corteconti.it, p. 44 ss.

⁷⁴ O. MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2003, p. 471, il quale evidenzia come la privatizzazione del settore sanitario sia stata costantemente onerata del difficile compito di «mantenere in



sempre più... privata⁷⁵; il secondo fattore è quello della riduzione dei servizi sanitari di base.

In particolare, quanto al primo fattore, la pandemia ha evidenziato non tanto la necessità di stringere un più intenso rapporto organizzativo tra pubblico e privato, già fortissimo, ma soprattutto l'opportunità di operare un ripensamento delle caratteristiche di tale rapporto. Se è vero che, come è stato riconosciuto dalla giurisprudenza, anche gli operatori privati devono ritenersi «impegnati, insieme alle strutture pubbliche, a garantire l'essenziale interesse pubblico alla corretta ed appropriata fornitura del primario servizio della salute»⁷⁶, allora il privato che operi «nell'ambito della sanità pubblica deve accettare i limiti in cui la stessa è costretta, dovendo comunque e in primo luogo assicurare, pur in presenza di restrizioni finanziarie, beni costituzionali di superiore valore quale i livelli essenziali relativi al diritto alla salute»⁷⁷. È bene precisare che non si intende qui mettere in discussione l'importanza dell'apporto del settore privato nella sanità⁷⁸ ma evidenziare come in

equilibrio le esigenze pubbliche, connesse alla valorizzazione e protezione del diritto alla salute, con le regole efficientistiche, che devono governare la concreta gestione del servizio sanitario». Analogamente, F. SAITTA, *L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro*, in *Munus*, 2015, p. 366 e ss., ritiene che il regime giuridico del SSN non possa essere ispirato a criteri di totale privatizzazione, essendo troppo rilevante ed essenziale il servizio reso e non potendo subordinarsi a principi totalmente privatistici la funzione di tutela della salute pubblica. Ancora F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2016, p. 549, sottolinea come l'aziendalizzazione delle u.s.l. «abbia comportato problemi ben maggiori di quelli posti da una qualsiasi altra privatizzazione di strutture o soggetti pubblici, tanto da indurre a ritenere che il modello dell'azienda sanitaria sia, in sostanza, un modello atipico non raffrontabile con altre forme di azienda: si tratta, infatti, di un soggetto pubblico che, in forza dell'autonomia imprenditoriale, utilizza gli strumenti privatistici al fine di assicurare la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse primario della collettività». Sul punto, anche M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012; G. PASTORI, *Pubblico e privato nella sanità e nell'assistenza*, in *Sanità pubblica*, 2002, p. 1281.

⁷⁵ In Lombardia sono attualmente presenti oltre 200 ospedali pubblici e privati accreditati e 30 Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS), di cui 5 Pubblici e 25 Privati. La maggior parte delle prestazioni sanitarie è erogata in regime di servizio pubblico, mentre oltre il 33% dei posti letto si trova in ospedali privati (tale dato comprende anche i posti letto di riabilitazione). La percentuale di posti letto per acuti negli ospedali privati è il 25%.

⁷⁶ Cons. St., Sez. III, 28 ottobre 2020, n. 6569, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷⁷ Cons. St., Sez. III, 27 dicembre 2019, n. 8879, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷⁸ In proposito, si consideri la segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 23 marzo 2021 inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, secondo cui nel settore sanitario, l'apertura alla concorrenza deve essere perseguita come strumento che, incentivando la libera scelta di medici, assistiti e terzo pagante, consente l'allocatione efficiente delle risorse, sia sotto il profilo dell'efficacia delle prestazioni sanitarie che sotto quello del rispetto del vincolo di spesa. Una più intensa integrazione tra pubblico e privato può, nella prospettiva dell'Antitrust, consentire di soddisfare meglio la crescente richiesta di assistenza e di protezione dei cittadini, senza tagli alla spesa sanitaria. Al fine di realizzare tale obiettivo, il Garante propone al Governo di: 1. modificare l'art. 8-ter, comma 3, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, prevedendo che l'accesso dei privati all'esercizio di attività sanitarie non convenzionate con il SSN sia svincolato dalla verifica del fabbisogno regionale di servizi sanitari; 2. modificare gli artt. 8-quater e ss. del d.lgs. 30 dicembre, n. 502, al fine di riformare il sistema di accreditamento al SSN di strutture private eliminando il regime di accreditamento provvisorio; 3. a garanzia di un accesso equo e non discriminatorio degli operatori privati al circuito del SSN, inserire nell'art. 8-quinquies del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 una norma che preveda selezioni periodiche regionali, adeguatamente pubblicizzate, che facciano seguito a verifiche sistematiche degli operatori già convenzionati ed alla conseguente eventuale razionalizzazione della rete in



questo ambito così delicato non possano trovare applicazione una completa liberalizzazione⁷⁹ e una semplificazione nell'erogazione delle prestazioni sanitarie tali da escludere per lo Stato l'esercizio di un potere di controllo anche molto penetrante in ordine alla qualità dei servizi sanitari offerti dai privati. Pertanto, nel post pandemia si renderà necessario prevedere un più rigoroso modello di accreditamento e convenzionamento degli operatori privati⁸⁰, istituendo un sistema di controlli, sia preventivi che successivi all'accreditamento, ben più pregnante di quello attualmente disciplinato dalla legge, con la finalità di verificare non soltanto il possesso dei requisiti normativamente richiesti ma soprattutto il rispetto di standard qualitativi (oltre che quantitativi) adeguati ai livelli essenziali delle prestazioni sanitarie erogate⁸¹. Bisognerà quindi sviluppare sistemi omogenei di valutazione della qualità, promuovendone un miglioramento continuo.

Quanto al secondo fattore, nel post emergenza sarà necessario in primo luogo riassegnare il giusto peso alle prestazioni sanitarie di base, assicurando i livelli minimi assistenziali in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Appare del tutto irragionevole, infatti, garantire all'utenza punte di eccellenza nelle prestazioni specialistiche, trascurando l'importanza dei servizi e delle prestazioni di base.

convenzionamento; 4. incrementare l'informazione disponibile sulle performance delle strutture pubbliche e private, in termini di efficienza gestionale e di qualità del servizio, al fine di orientare la domanda verso le strutture più e efficienti.

⁷⁹ U. FANTIGROSSI, *PNRR e riforma dei servizi pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021, 1, ha evidenziato che «la pandemia prodotta dal Covid 19 ha rimesso al centro dell'attenzione il ruolo dello Stato, essendo evidente anche ai più estremi sostenitori del mercato che senza la rete di protezione del pubblico non c'è via di uscita dall'emergenza pandemica e dalla crisi economica che ne è derivata».

⁸⁰ Sull'accreditamento delle strutture private, G. CERESSETTI, *Spending review, accreditamento sanitario e proposta di legge n. 4269 del 2011: una riforma possibile?*, in *Foro amm. TAR*, 9, 2012, p. 2987; F. MAINO, *La regolamentazione all'accesso al Servizio sanitario nazionale: autorizzazione, accreditamento ed accordi contrattuali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 5, 2000, p. 912; G. NAIMO, *L'accreditamento e la stipula del contratto in materia di servizi sanitari: quale strada per arrivare dall'uno all'altro?*, in *Federalismi.it*, 16, 2008; A. ONETO, *Dall'accreditamento istituzionale all'accreditamento definitivo?*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 5, 2007, p. 26; ID., *Problemi transitori riguardanti la normativa in materia di autorizzazione ed accreditamento delle strutture sanitarie private*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 7/8, 2003, p. 829.

⁸¹ Sul punto, U. FANTIGROSSI, *op. cit.*, pp. 3-4, secondo cui «trattandosi di prestazioni che soddisfano esigenze primarie ed essenziali, (...) rispetto alle quali la veste del cittadino non è soltanto quella del semplice fruitore-cliente, ma anche e soprattutto del titolare di un diritto civico alla partecipazione. Partecipazione da attuarsi sia nella fase della programmazione del servizio, quindi della conformazione dell'attività alla miglior rispondenza agli interessi generali, sia in quella dei controlli. Su questo fronte non siamo all'anno zero, ma poco ci manca. Se pensiamo, ad esempio, proprio al Servizio sanitario nazionale, appaiono lontani i tempi i cui la legge istitutiva, la n. 833 del 1978, proclamava, all'art. 1, che l'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle Regioni e agli enti locali, garantendo la partecipazione dei cittadini, prevedendo, all'art. 11, che i piani sanitari regionali fossero predisposti previa consultazione degli enti locali, delle università, delle organizzazioni maggiormente rappresentative delle forze sociali e degli operatori della sanità. Da quegli anni ad oggi si è andati nella direzione contraria: il solo verbo è stato quello dell'aziendalizzazione spinta e con la pretesa di eliminare la politica dalla sanità pubblica la si è, di fatto, rafforzata, escludendo totalmente la società civile dalle funzioni di controllo ed indirizzo». Nel post emergenza saranno dunque necessarie «regole nuove che devono avere come obiettivo non la mera legittimità formale ma la sostanziale rispondenza degli assetti organizzativi e delle modalità concrete di erogazione agli interessi della collettività».



L'originario art. 117 Cost. attribuiva la materia "assistenza sanitaria ed ospedaliera" alla competenza legislativa concorrente delle Regioni a statuto ordinario. A seguito della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, la materia della salute include anche i profili organizzativi e gestionali della sanità regionale e, quindi, nell'attuale sistema spetta allo Stato determinare i principi fondamentali e alle Regioni fissare la disciplina di dettaglio. Lo Stato deve dunque garantire mediante la cd. clausola di "uniformità" la determinazione dei livelli essenziali di assistenza delle prestazioni⁸², di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), ed è titolare del potere sostitutivo ex art. 120, comma 2, Cost. La pandemia da Covid-19 ha messo a nudo la mancanza di uniformità nell'erogazione delle prestazioni assistenziali da parte delle varie Regioni del Paese impegnate a far fronte all'emergenza in atto. Inoltre, come riconosciuto anche nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (d'ora in avanti, PNRR)⁸³, la crisi pandemica ha evidenziato chiaramente significative disparità territoriali nell'erogazione dei servizi, in particolare in termini di prevenzione e assistenza sul territorio, ed un'inadeguata integrazione tra servizi ospedalieri, servizi territoriali e servizi sociali. E tuttavia si ritiene che uniformità nell'individuazione dei LEA delle prestazioni sanitarie e regionalismo differenziato in materia di sanità⁸⁴ non debbano rappresentare un ossimoro ma anzi il regionalismo differenziato può costituire proprio lo strumento per raggiungere l'obiettivo dell'uniformità delle prestazioni in materia sanitaria⁸⁵.

Al fine di elidere le fratture territoriali, nel post emergenza sarà necessario individuare standard organizzativi uniformi a livello nazionale, iniziando da una riforma a livello regionale di una vasta gamma di servizi sanitari che spaziano dall'assistenza primaria, ai consultori familiari, all'area della salute mentale, garantendo allo stesso tempo le specificità e le esigenze assistenziali di ogni area del Paese. Per realizzare tale ambizioso obiettivo, quanto alle riforme afferenti all'organizzazione del SSN per implementare il diritto alla salute, il PNRR si propone di: (1) potenziare i servizi assistenziali territoriali in modo da consentire un'effettiva esigibilità dei LEA da parte di tutti gli assistiti, al fine di superare la frammentazione e il divario strutturale tra i diversi sistemi sanitari regionali e puntando ad un SSR più integrato; (2) attuare un nuovo assetto organizzativo ed istituzionale delle reti di prossimità, strutture e telemedicina⁸⁶ per l'assistenza sanitaria territoriale e rete nazionale della salute, che

⁸² Cons. St., Sez. III, 28 giugno 2021, n. 4900, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸³ PNRR, Missione 6 Salute, p. 222. Sul PNRR, S. STAIANO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it*, 14, 2021.

⁸⁴ R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2019; C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*, in *Federalismi*, 7, 2018, p. 318, in particolare pp. 327-328 sul regionalismo differenziato in materia sanitaria.

⁸⁵ AA.VV., *Diseguaglianze territoriali insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, in *www.aipda.it*, 2021.

⁸⁶ F. GORI, P.G. MACRÌ, S. TURCO, E. TURILLAZZI, *Telemedicina: da emergenza a nuova normalità. Riflessioni medico-legali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2021, p. 699, i quali evidenziano l'importanza e lo sviluppo della telemedicina durante la pandemia da Covid-19. Gli Autori rilevano l'assenza nel contesto legislativo europeo di una regolamentazione unitaria dei servizi sanitari erogati mediante la telemedicina e, dunque, l'opportunità di



consenta al Paese di conseguire standard qualitativi di cura adeguati e che consideri il SSN come parte di un più ampio sistema di welfare comunitario; (3) definire nuovi standard organizzativi omogenei per l'assistenza territoriale e l'identificazione delle strutture ad essa deputate (secondo un apposito decreto ministeriale da adottarsi entro il 2021); (4) riorganizzare i servizi sanitari offerti sul territorio, rafforzando la capacità del SSN di fornire servizi territoriali e migliorandone la qualità, attraverso la realizzazione delle Case della Comunità, una struttura fisica in cui i servizi sociali e assistenziali rivolti prioritariamente agli anziani e alle persone fragili saranno organizzati a seconda della comunità specifica; (5) riorganizzare la rete degli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS), provvedendo ad una revisione della *governance* attraverso un miglioramento della gestione strategica ed una più efficace definizione delle aree di competenza degli istituti a seconda delle attività⁸⁷.

Con riferimento all'istruzione, nel post pandemia dovranno essere ulteriormente valorizzati – e non messi interamente da parte – gli strumenti che hanno consentito il rispetto dei livelli minimi delle prestazioni durante l'emergenza. A titolo esemplificativo, l'erogazione della didattica a distanza non deve essere confinata unicamente a situazioni a carattere emergenziale ma può essere considerata un'opportunità per la fruizione dei servizi legati all'istruzione ed alla formazione in particolari condizioni, comunque utilizzata nel rispetto del principio di ragionevolezza, proporzionalità e sussidiarietà. Se tanto è vero, nel post emergenza sarà innanzitutto necessario superare le problematiche applicative legate all'uso della telematica nell'erogazione delle prestazioni nel campo dell'istruzione, tra cui certamente rientra il divario digitale⁸⁸ che si registra in alcune aree del Paese. Sotto tale profilo, è da accogliere con favore la previsione nel PNRR di ingenti investimenti per la digitalizzazione scolastica e sanitaria.

provvedere ad individuare nuovi schemi normativi, necessari per una sanità sempre più caratterizzata da digitalizzazione e dematerializzazione.

⁸⁷ F. FERRARA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra Irccs e Aziende sanitarie per la gestione dei servizi ospedalieri*, in *Foro amm. CDS*, 5, 2007, p. 1637.

⁸⁸ Tra i più recenti, N. LUPO, *Lo «Stato digitale» il Parlamento e la sfida della digitalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2021, p. 501; P. FALLETTA, *Lo «Stato digitale» la trasparenza amministrativa in rete: le nuove piattaforme digitali per la diffusione di contenuti informativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2021, p. 559.