

Pubblicato il 06/10/2023

N. 08708/2023REG.PROV.COLL.

N. 02924/2023 REG.RIC.



## REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2924 del 2023, proposto dai signori -OMISSIS- e -OMISSIS-, in qualità di genitori esercenti la potestà sul figlio minore -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Michela Antolino e Paola Flammia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda Sanitaria Territoriale di Pesaro e Urbino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marisa Barattini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

l'Azienda Sanitaria Territoriale di Ancona, in qualità di gestore dell'Asur Marche in liquidazione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Colarizi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giovanni Antonelli, n. 49;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche -OMISSIS- febbraio 2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Territoriale di Ancona, in liquidazione depositata il 19 maggio 2023;

Viste le memorie della parte appellante, depositate rispettivamente in data 18 aprile 2023, 22 maggio 2023 e 24 luglio 2023;

Viste le memorie dell'Azienda sanitaria territoriale di Pesaro Urbino - quale ente subentrato ex art. 42 della l.r. n. 19/2022, alla soppressa Azienda Sanitaria Unica Regionale Marche - depositate rispettivamente in data 22 maggio 2023, 4 luglio 2023 e 5 settembre 2023;

Vista la comunicazione a firma della dottoressa -OMISSIS-, attestante la "presa in carico riabilitativa del minore -OMISSIS- -OMISSIS-", depositata nell'imminenza della udienza di discussione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 settembre 2023 il Cons. Antonio Massimo Marra e uditi per le parti gli avvocati presenti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO e DIRITTO**

1. L'Azienda Sanitaria Unica Regionale - ASUR Marche, con il provvedimento del 22 novembre 2022, notificato ai ricorrenti a mezzo *pec* in pari data, ha rigettato l'istanza dei -OMISSIS- -OMISSIS- e -OMISSIS-, in qualità di esercenti la potestà sul figlio minore -OMISSIS- -OMISSIS- -, intesa a ricevere, in via diretta o indiretta, dall'ASUR Marche e dall'ASUR Marche - Area Vasta 1, secondo le rispettive competenze, l'erogazione di una terapia secondo i principi dell'*Applied Behavior Analysis* (ABA), ovvero l'analisi applicata del comportamento in regime domiciliare e nei contesti di vita per almeno 25 ore settimanali.

1.1. Con il provvedimento - oggetto del gravame avanti al primo giudice - l'ASUR Marche ha respinto l'istanza, sul rilievo che "l'intervento educativo comportamentale domiciliare, richiesto per il minore, non rientra nel livello essenziale di assistenza autorizzato dalla regione Marche (LEA), ma è previsto un rimborso parziale delle spese documentate dalla famiglia".

1.2. Avverso tale provvedimento la parte appellante ha proposto ricorso, avanti al Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, deducendo che il trattamento A.B.A. rientra in via interpretativa nei LEA. Secondo la prospettazione della parte ricorrente, le invocate prestazioni rientrano nei LEA in base all'esegesi delle seguenti disposizioni normative (artt. 1, comma 7, e 3 septies, commi 4 e 5, d.lgs. n. 502 del 1992), come riconosciuto peraltro dalla stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato (sezione III, sentenza n. 2129/2022).

1.3. Si sono costituite in giudizio l'AST Pesaro Urbino, Azienda Sanitaria Territoriale di Ancona, quale soggetto gestore della Asur in liquidazione, Amministrazione per resistere al ricorso, di cui ha chiesto la reiezione.

1.4. Il TAR, con l'ordinanza -OMISSIS- gennaio 2023, ha disposto istruttoria, eseguita mediante il deposito della relazione in data 6 febbraio 2023 da parte della Regione Marche; sottoscritta congiuntamente dai Presidenti del Coordinamento Regionale e del Comitato Tecnico Scientifico.

1.5. Infine, con la sentenza resa in forma semplificata ex art. 60 c.p.a. n. 100 del 13 febbraio 2023, il T.A.R. per le Marche ha in parte dichiarato inammissibile il ricorso e, per il resto, lo ha respinto.

1.6. Avverso tale sentenza ha proposto appello la parte interessata e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma.

1.7. Si sono costituite in giudizio anche nel presente grado le Amministrazioni intime per resistere all'appello.

1.8. Con il decreto monocratico presidenziale -OMISSIS- aprile 2023 è stata accolta l'istanza cautelare provvisoria proposta dall'appellante.

1.9. La Sezione, con ordinanza -OMISSIS- maggio 2023 ha accolto la domanda cautelare proposta dai signori -OMISSIS-, ritenendo che "le esigenze di tutela cautelare prospettate da parte appellante, espressione di diritti fondamentali dell'individuo, possono allo stato trovare risposta con la fissazione della udienza di merito".

1.10. Infine, nella pubblica udienza del 24 settembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'appello è fondato e deve essere accolto.

2.1. Come esposto brevemente in narrativa, l'ASUR Marche - Area Vasta 1, con il provvedimento prot. -OMISSIS- del 22 novembre 2022 in questa sede impugnato, ha respinto la richiesta avanzata dalla parte appellante intesa a ricevere - in via diretta o indiretta - dall'ASUR Marche e dall'ASUR Marche - Area Vasta 1, secondo le rispettive competenze, l'erogazione delle prestazioni inerenti all'intervento cognitivo comportamentale ABA, *in regime anche domiciliare e nei contesti di vita per almeno 25 ore settimanali*.

2.2. Il primo giudice - nel trattenere la giurisdizione alla luce dell'orientamento della Corte di cassazione a Sezioni Unite (ord. n. 1781 del 20/1/2022), secondo cui: "la giurisdizione relativa alla richiesta di una specifica prestazione sanitaria a carico del SSN/SSR appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici di cui all'art. 133, co. 1, lett. c), c.p.a., là dove è richiesta l'intermediazione di un provvedimento amministrativo, da rinvenirsi anche nell'omissione provvedimento dell'amministrazione sulla specifica richiesta di erogazione da parte dell'interessato" - ha respinto nel merito il ricorso, ritenendo che l'ASUR Marche avesse correttamente applicato le norme regionali di riferimento richiamate nell'odierno giudizio che - ad avviso del primo giudice - non prevedono l'erogazione diretta del trattamento ABA da parte dell'Amministrazione sanitaria.

2.3. Gli stessi ricorrenti, pur deducendo che il trattamento ABA rientri nei LEA, giungono a tale risultato essenzialmente per via interpretativa e, segnatamente, dell'art. 60 del d.P.C.M 12 gennaio 2017, oltre che delle ulteriori norme di attuazione (tra cui le linee guida dell'ISS), senza per altro individuare quale sarebbe la specifica norma o l'atto organizzativo ovvero ancora altro provvedimento di intermediazione, secondo cui la prestazione debba essere erogata in via diretta.

Soggiunge la parte resistente che tale trattamento avrebbe semmai potuto essere erogato dal Centro regionale autismo per l'età evolutiva istituito presso l'Azienda Ospedaliera "Ospedali Riuniti Marche Nord" dall'art. 4, comma 1, della L.r. n. 25/2014, che, alla data della domanda e alla data di proposizione ricorso al Tar, costituiva ente autonomo del SSR, rispetto all'ASUR. Quanto alla possibilità di erogazione indiretta resta, secondo la tesi dell'Amministrazione, confermata attraverso contributi stanziati in applicazione dell'art. 11, l.r. n. 25/2014 dall'ASUR Marche.

3. Tanto premesso, occorre anzitutto evidenziare che la Corte costituzionale, con sentenza n. 5 del 31 gennaio 2018, ha avuto modo di chiarire che l'ambito in cui si inscrivono gli interventi previsti dalla legge regionale .... "è appunto quello dei livelli essenziali di assistenza, poiché il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 gennaio 2017 (Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n.

502), nell'aggiornare i livelli essenziali di assistenza, ha ricompreso in essi l'assistenza sociosanitaria, tra l'altro, alle persone con disturbi mentali e disabilità”.

3.1. Analogamente, il menzionato d.P.C.M., agli artt. 25, 26, 27 e 32, ricomprende, in particolare, tra i LEA, rispettivamente, l'assistenza sociosanitaria ai minori con disturbi in ambito neuropsichiatrico e del neurosviluppo, l'assistenza sociosanitaria alle persone con disturbi mentali, l'assistenza sociosanitaria alle persone con disabilità, l'assistenza sociosanitaria semiresidenziale e residenziale ai minori con disturbi in ambito neuropsichiatrico e del neurosviluppo.

Inoltre, -OMISSIS-, “sono garantite alle persone -OMISSIS- le prestazioni della diagnosi precoce, della cura e del trattamento individualizzato, mediante l'impiego di metodi e strumenti basati sulle più avanzate evidenze scientifiche”.

Non risulta, dunque, ragionevole - specie sotto il profilo di una tutela “piena ed effettiva” delle ragioni invocate dal minore - quanto sostenuto dal primo giudice, là dove, confermando la tesi dell'Asur Marche riguardo al trattamento Aba, ritenuto non ricompreso nei Lea, ha escluso l'erogazione per il tramite del SSN.

Nello specifico, il TAR ha ritenuto che l'ASUR Marche avesse correttamente applicato le norme regionali di riferimento richiamate nell'odierno giudizio che, a dire del primo giudice, non prevedono l'erogazione diretta del trattamento ABA da parte dell'amministrazione sanitaria.

Né il primo giudice avrebbe potuto prendere in considerazione, per valutare la legittimità del provvedimento impugnato, elementi sopravvenuti all'emissione dell'atto gravato, quali nella specie, la documentazione medica successiva, in base alla quale -OMISSIS- non avrebbe avuto bisogno della terapia richiesta dai genitori, come adombrato dalla Asl, trattandosi invero di un fatto successivo.

E ciò, si deve qui ribadire, in quanto questo Consiglio di Stato ha più volte affermato, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, che il trattamento ABA -OMISSIS- rientra certamente tra i livelli essenziali di assistenza (LEA) a norma dell'articolo 60 del d.P.C.M. 12 gennaio 2017 e delle conseguenti Linee di indirizzo dell'Istituto superiore di sanità, da ultimo approvate in Conferenza unificata in data 10 maggio 2017, in attuazione della legge 18 agosto 2015, n. 134 (cfr. sent. n. 2129/2022).

Del resto, non risulta ragionevole opporsi alla necessità - per vero irrinunciabile - di assicurare l'effettivo trattamento ABI - nella misura sufficiente prevista dalle Linee di indirizzo dell'Istituto superiore di sanità - dovendosi ritenere che tali prestazioni, anche attraverso l'erogazione indiretta e, dunque, strumentale, debbano concorrere a realizzare quella “prestazione di risultato” rappresentata dal visto riconoscimento del trattamento Aba nei Lea.

Diversamente si giungerebbe ad imporre all'Amministrazione, nel delicato bilanciamento degli interessi in gioco, di valutare elementi non previsti né prevedibili, al momento del provvedimento, trasformando il giudizio discrezionale che le compete in una «forma di intuizionismo insindacabile» (Cons. St., sez. III, 30 maggio 2016, n. 2266), in sede di legittimità, dallo stesso giudice amministrativo, in spregio di fondamentali principi quali quelli affermati dagli artt. 24, 97 e 111 Cost.

4. Ciò premesso, pertanto, occorre restringere il raggio della valutazione alla doverosa analisi dei soli elementi da prendere in considerazione – quelli, cioè, posti a fondamento del decreto di diniego impugnato in prime cure, che erroneamente si è concentrato sulle esistenti norme regionali di

riferimento richiamate nell'odierno giudizio là dove non prevedono - sempre secondo il TAR - l'erogazione diretta del trattamento ABA da parte dell' amministrazione sanitaria, tanto più che gli stessi interessati ... non individuano, conclude il primo giudice, quale sarebbe la norma o l'atto organizzativo o altro provvedimento di intermediazione, secondo cui la prestazione debba essere erogata direttamente dall'ASUR Marche, peraltro nella misura quantificata dal proprio CTP.

L'appellante contesta fermamente questa interpretazione del Tribunale perché sostiene che tali prestazioni rientrano, anche in via interpretativa, nei Lea ai sensi degli artt. 1, comma 7, e 3 septies, commi 4 e 5, d.lgs. n. 502 del 1992.

Nello specifico le invocate disposizioni normative prevedono in particolare che: “Sono posti a carico del Servizio sanitario le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che presentano, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impiegate. Inoltre: sono esclusi dai livelli di assistenza erogati a carico del Servizio sanitario nazionale le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che: a) non rispondono a necessità assistenziali tutelate in base ai principi ispiratori del Servizio sanitario nazionale di cui al comma 2; b) non soddisfano il principio dell'efficacia e dell'appropriatezza, ovvero la cui efficacia non è dimostrabile in base alle evidenze scientifiche disponibili o sono utilizzati per soggetti le cui condizioni cliniche non corrispondono alle indicazioni raccomandate; c) in presenza di altre forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze, non soddisfano il principio dell'economicità nell'impiego delle risorse, ovvero non garantiscono un uso efficiente delle risorse quanto a modalità di organizzazione ed erogazione dell'assistenza”.

Analogamente il medesimo art. 3 septies, commi 4 e 5, d.lgs. n. 502 del 1992 dispone ancora che: “Le prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria sono caratterizzate da particolare rilevanza terapeutica e intensità della componente sanitaria e attengono prevalentemente alle aree materno-infantile, anziani, handicap, patologie psichiatriche e dipendenze da droga, alcool e farmaci, patologie per infezioni da HIV e patologie in fase terminale, inabilità o disabilità conseguenti a patologie cronico-degenerative”.

Le prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria sono assicurate dalle aziende sanitarie e comprese nei livelli essenziali di assistenza sanitaria, secondo le modalità individuate dalla vigente normativa e dai piani nazionali e regionali, nonché dai progetti-obiettivo nazionali e regionali. L'art. 60 del d.P.C.M. 12 gennaio 2017, al comma 1, prevede infine che: “Ai sensi della legge 18 agosto 2015, n. 134, il Servizio sanitario nazionale garantisce alle persone -OMISSIS-, le prestazioni della diagnosi precoce, della cura e del trattamento individualizzato, mediante l'impiego di metodi e strumenti basati sulle più avanzate evidenze scientifiche”.

L'Ausur Marche, non condividendo l'interpretazione della ricorrente in merito al surriferito quadro normativo, ha respinto la domanda sul presupposto della mancanza di una espressa e diretta disposizione in tal senso che rappresenta, allo stato, un insuperabile ostacolo per l'Amministrazione di poter sovvenire alle esigenze del minore, sia riguardo alle prestazioni in via diretta, sia - oltre certi limiti - anche in via indiretta, precisando che siffatto trattamento avrebbe potuto semmai essere erogato dal Centro regionale autismo per l'età evolutiva istituito presso l'Azienda Ospedaliera "Ospedali Riuniti Marche Nord" dall'art. 4, comma 1, della L.r. n. 25/2014 che, alla data della domanda e alla data di proposizione ricorso al Tar, costituiva ente autonomo del SSR rispetto all'ASUR.

Resta in ogni caso confermata – benché in prima battuta l'Amministrazione intimata abbia ritenuto che le prestazioni richieste non rientrassero in realtà nei Lea - la possibilità di erogazione indiretta

ossia “extra Lea” attraverso contributi in applicazione dell’art. 11, l.r. n. 25/2014 dall’ASUR Marche; eventualità concretizzata - a dire della difesa appellante - dalla comunicazione a firma della dottoressa -OMISSIS-, attestante la “presa in carico riabilitativa del minore -OMISSIS- -OMISSIS-”, depositata in data 13 settembre 2023.

Nella memoria di replica l’amministrazione sanitaria, contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso introduttivo, adombra che le prestazioni rientrino effettivamente nei Lea Nazionali, e con la produzione della vista comunicazione è apparso che volesse dar seguito alle istanze della parte appellante erogando le prestazioni del trattamento ABA sia pure indirettamente, ma nella misura minima invocata dalla parte appellante.

Malgrado tale comunicazione rappresenti un serio impegno dell’Amministrazione sanitaria nel garantire le prestazioni *de quibus* aventi, come ha avuto modo di chiarire recentemente la Sezione (sent. 2129 del 2022), natura “mista”, sanitaria e socio-assistenziale ed abbracciano conseguentemente un ambito assistenziale diverso rispetto a quello sanitario-riabilitativo tradizionale, non risulta la stessa in piena sintonia con la richiesta del minore sul trattamento perché la sua presa in carico, come evidenziato nella richiamata comunicazione, riguarda il solo trattamento -OMISSIS-, quindi non soddisfa integralmente le richieste dello stesso minore, tenuto conto del trattamento ABA quale intervento a “carattere multidisciplinare”.

Anche le prestazioni domiciliari in via indiretta rappresentano, ad avviso degli appellanti, prestazioni extra Lea, che certamente, pur ritenute utili per il minore, non integrano per intero quella prestazione minima di cui il minore ha effettivamente bisogno.

Nel provvedimento gravato, una valutazione in sintonia con l’appropriatezza di una strategia di intervento di carattere multidisciplinare, tesa ad abbracciare metodologie curative di tipo sanitario, socio-sanitario e socio-assistenziale, onde consentire all’organo prescrittore (ovvero al N.P.I.A.A.) l’individuazione del trattamento più confacente in relazione alla peculiare fisionomia che il disturbo assume nel paziente considerato ed al bisogno assistenziale che il medesimo, in un contesto non avulso dal sistema di relazioni in cui è inserito, concretamente manifesta (multidisciplinarietà che, sul piano concretamente assistenziale, si traduce nella presa in carico globale del paziente autistico, onde garantirne l’integrazione scolastica, sociale, familiare nei diversi “setting” assistenziali), sicché, come ha rimarcato la difesa dell’appellante, pur riconoscendo lo sforzo dell’amministrazione appellante nel provvedere alle prestazioni invocate non risulta tuttavia sufficiente a assicurare l’erogazione dell’intervento cognitivo comportamentale ABA in regime domiciliare e nei contesti di vita per almeno 25 ore settimanali, quale numero minimo di ore indicato nelle viste Linee guida.4.8. Come si è detto, tutti gli elementi sopravvenuti, inerenti alla diagnosi -OMISSIS-, ossia che il minore non avesse bisogno di tale terapia, rappresentano un fatto successivo addotto dalla Asl, peraltro paventato e non affermato con certezza, e non possono influire sul giudizio di legittimità del provvedimento gravato.

5. In conclusione, per le ragioni esposte, in accoglimento dell’appello proposto, la sentenza impugnata deve essere riformata e, conseguentemente, deve essere annullato l’atto dell’amministrazione sanitaria.

6. Le spese del doppio grado del giudizio, considerata la specialità del caso alla luce delle esposte considerazioni, possono essere interamente compensate tra le parti.

7. L’Amministrazione soccombente deve rimborsare il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso proposto in primo e in secondo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come proposto dai signori -OMISSIS- e -OMISSIS-, in qualità di genitori esercenti la potestà sul figlio minore -OMISSIS-, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla il provvedimento emesso dall'ASUR Marche prot. -OMISSIS-, del 22.11.22.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare i signori -OMISSIS- e -OMISSIS-, in qualità di genitori esercenti la potestà sul figlio minore -OMISSIS-.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giulia Ferrari, Presidente FF

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

Luca Di Raimondo, Consigliere

L'ESTENSORE

Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE

Giulia Ferrari

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.