

I LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI IN MATERIA SANITARIA TRA STATO E REGIONI

*Massimo Luciani**

1. Eguaglianza, federalismo, livelli essenziali

Prenderei le mosse da una questione ben conosciuta, ma che vale la pena di ripercorrere, e cioè dall'idea, assai diffusa, che nelle Costituzioni sarebbero comunemente presenti una parte relativa ai diritti¹ e una parte relativa all'organizzazione, parti che sarebbero agevolmente distinguibili e chiaramente separate. In realtà, istituire una netta cesura tra parti e parti della Costituzione² non è possibile, perché tra norme orga-

* *Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università La Sapienza di Roma.*

¹ Per la verità, si dovrebbe dire "diritti e doveri", visto che non solo i primi, ma anche (e forse ancor più i secondi) sono essenziali per l'identificazione dello *status* di cittadino (la questione è essenziale nelle vicende dell'integrazione europea: V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna, il Mulino, 1994, 23 ss.; M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur.*, vol. IV di aggiornamento, Roma, 1995, 4; M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 1999*, Padova, Cedam, 2000, 549). Nondimeno, gli studiosi hanno spesso trascurato i doveri e ricordato soltanto i diritti, mentre la stessa Corte costituzionale si è dimostrata insensibile al legame che lega doveri fondamentali e cittadinanza (il pensiero va, in particolare, alla sentenza n. 172/1999, con la quale si è ritenuta costituzionalmente legittima l'imposizione anche all'apolide del dovere di prestare il servizio militare di leva, con la dubbia argomentazione che "il silenzio della norma costituzionale [*e cioè dell'art. 52 Cost.*] non comporta divieto. Perciò deve ritenersi esistere uno spazio vuoto di diritto costituzionale nel quale il legislatore può far uso del proprio potere discrezionale nell'apprezzare ragioni che inducano a estendere la cerchia dei soggetti chiamati alla prestazione del servizio militare").

² Se si vuole, si può trovare una sintetica ricostruzione di questa problematica in M. LUCIANI, *La «Costituzione dei diritti» e la «Costituzione dei poteri». Noterelle brevi su*

nizzative e norme regolatrici delle situazioni soggettive vi è un intreccio inestricabile. La questione si pone con particolare delicatezza quando viene in considerazione la dimensione *verticale* dell'organizzazione costituzionale dei poteri, poiché il riparto territoriale delle competenze può incidere direttamente sull'universalità dei diritti e dei doveri. È per questo che il rapporto tra federalismo³ ed eguaglianza è sempre stato molto delicato, tanto che da più parti si è anche dubitato che il primo e la seconda possano essere davvero compatibili. Già in altra occasione⁴ ho avuto modo di contestare questa opinione e non mi sembra che vi siano ragioni per discostarsi dalle conclusioni allora raggiunte.

Certo, il federalismo determina una distribuzione e una differenziazione territoriale delle decisioni sulle entrate e sulle spese. Questo tuttavia non comporta, di per sé, una contraddizione con il principio di eguaglianza, né la negazione dei valori universalistici che nell'eguaglianza sono insiti. La storia dimostra, in verità, che il federalismo ha saputo convivere con il modello dello Stato sociale e con i meccanismi di (egali-tario) riequilibrio sociale che lo caratterizzano. Dimostra anche che, seppure è vero che il principio di nazionalità e il principio di cittadinanza (il quale comporta il riconoscimento di uno *status* unitario, eguale per tutti) hanno avuto percorsi paralleli, non sempre il loro rapporto è stato lineare: il richiamo al principio di nazionalità, infatti, è servito anche per *negare* i benefici dell'eguaglianza a chi non risultava unito alla "comunità" dai medesimi vincoli nazionali.

Il rapporto tra federalismo ed eguaglianza, pertanto, può essere, di fatto, complicato e sofferto, ma non è destinato a risolversi in una rela-

un modello interpretativo ricorrente, in *Studi Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, II, 497 ss. Più di recente, nello stesso senso, anche con argomentazioni supplementari, G. AZZARITI, *Considerazioni inattuali sui modi e sui limiti della riforma costituzionale*, ora in *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 171 ss.

³ Preciso che, con Friedrich, per federalismo non intendo un modello di organizzazione costituzionale, ma un processo dinamico, e cioè la "tendenza [...] ad organizzare ordinamenti politico-giuridici ripartendo i poteri di comando tipici dello Stato fra enti politici distinti – un apparato di governo centrale ed una pluralità di apparati di governo periferici – l'uno e l'altro sovrapposti allo strato delle semplici autorità amministrative municipali e locali" (C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, Ginn, 1959, 189 ss.).

⁴ In *A mo' di conclusione: le prospettive del federalismo in Italia*, in A. PACE (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi*, Padova, Cedam, 1997, spec. 253 ss.

zione di conflittualità e di contraddizione. La questione che ci si deve porre, allora, è quella delle singole discipline *costituzionali* del rapporto tra federalismo ed eguaglianza, poiché solo l'esame del diritto costituzionale positivo consente di capire, in concreto, se vi sia un punto di equilibrio e quale sia.

Nella Costituzione italiana, già prima della riforma del Titolo V, vi erano numerosi principi che contribuivano a definire, in modo relativamente preciso, i rapporti tra federalismo ed eguaglianza. In sintesi estrema, già a suo tempo⁵ mi era parso utile indicare soprattutto i seguenti:

a) il principio dell'unità e quello della indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.), la cui prima conseguenza è che il destino di tutte le parti della Repubblica è inteso come comune;

b) il principio solidaristico (art. 2), che si applica non solo ai rapporti tra individui, ma anche a quelli tra enti territoriali. Tale principio comporta il *dovere*, per gli enti territoriali più abbienti, di operare in modo tale da consentire il progresso di quelli che sono economicamente svantaggiati⁶;

c) il principio di eguaglianza medesimo (art. 3), nella sua concreta strutturazione ed articolazione. La Costituzione concepisce l'eguaglianza in senso sia formale che sostanziale e ciò comporta la conseguenza che le diseguaglianze sociali vanno ridotte o eliminate non soltanto perché funziona la logica dei doveri (di solidarietà in capo ai più fortunati), ma anche quella dei diritti (sociali, connessi all'eguaglianza, a beneficio dei più svantaggiati);

d) il principio della progressività del sistema tributario, che determina l'esigenza di un minimo di centralizzazione delle decisioni tributarie, poiché, altrimenti, l'aumento (progressivo) della pressione fiscale all'aumento dei redditi e dei patrimoni non potrebbe essere garantito.

Con la riforma del Titolo V, il diritto costituzionale positivo si è arricchito di ulteriori e più puntuali indicazioni, tra le quali spicca la riserva allo Stato della "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (art. 117, 2° comma, lett. *m*), Cost.; ma si veda – ovviamente – anche l'art. 120, 2° comma). Sottolineo che si tratta

⁵ *Ivi*, 256 ss.

⁶ Corte cost., sentenza n. 355/1994.

del diritto *costituzionale* positivo, perché il concetto di livello essenziale delle prestazioni era già entrato nel nostro ordinamento, anche se solo sul piano delle fonti ordinarie, per la prima volta, testualmente, con l'art. 59, 50° comma, lett. *b*), della legge 27 dicembre 1997, n. 449, ma già prima, sostanzialmente, con il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, recante la disciplina del funzionamento del Servizio sanitario nazionale⁷, anche per come modificato dal d.lgs. n. 517/1993⁸, consolidando poi la propria presenza grazie ad interventi normativi essi pure anteriori alla legge cost. n. 3/2001, tra i quali si segnala l'art. 22 della legge n. 328/2000, volto a definire i livelli essenziali delle “prestazioni sociali erogabili sotto forma di beni e servizi secondo le caratteristiche ed i requisiti fissati dalla pianificazione nazionale”.

Se si vuole affrontare proprio la problematica dei livelli essenziali in materia sanitaria, comunque, occorre preliminarmente sciogliere due complessi nodi interpretativi, relativi – rispettivamente – alla nozione di materia sanitaria e alla nozione di livello essenziale.

⁷ L'art. 1, 3° comma, dispone ora che “L'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza assicurati dal Servizio sanitario nazionale, per il periodo di validità del Piano sanitario nazionale, è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico-finanziaria. Le prestazioni sanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza sono garantite dal Servizio sanitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità previste dalla legislazione vigente.

4. Le regioni, singolarmente o attraverso strumenti di autocoordinamento, elaborano proposte per la predisposizione del Piano sanitario nazionale, con riferimento alle esigenze del livello territoriale considerato e alle funzioni interregionali da assicurare prioritariamente, anche sulla base delle indicazioni del Piano vigente e dei livelli essenziali di assistenza individuati in esso o negli atti che ne costituiscono attuazione. Le regioni trasmettono al Ministro della sanità, entro il 31 marzo di ogni anno, la relazione annuale sullo stato di attuazione del piano sanitario regionale, sui risultati di gestione e sulla spesa prevista per l'anno successivo”.

⁸ Si osserva opportunamente, peraltro, in dottrina, che il diritto positivo aveva già elaborato il paradigma delle prestazioni indispensabili, ancorché nel diverso contesto della regolamentazione dello sciopero di cui alla legge n. 146/1990 (cfr. G. ROSSI-A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il nuovo Titolo V della Costituzione. Stato/Regioni e diritto del lavoro*, suppl. al fasc. n. 1/2002 di *Lav. pubbl. amm.*, 34).

2. Materia sanitaria e tutela della salute

Quanto al primo nodo problematico, va detto subito che la questione della materia sanitaria è, ormai, quella del diritto alla salute: l'art. 117, 3° comma, Cost., infatti, non parla più di "assistenza sanitaria ed ospedaliera", ma di "tutela della salute", sicché è su questa formulazione che occorre indagare.

Il diritto alla salute è comunemente considerato un diritto sociale. Da questa premessa si fanno derivare, a cascata, due importanti corollari: che, in quanto diritto sociale, si tratterebbe di un diritto a prestazione; che, in quanto diritto a prestazione, sarebbe condizionato alla sussistenza di disponibilità di risorse finanziarie in mano pubblica. Tali affermazioni si prestano alla discussione.

È contestabile, anzitutto, che la qualificazione del diritto alla salute come diritto sociale possa considerarsi, di per sé, particolarmente significativa. Ad un esame attento, infatti, tale qualificazione si rivela ellittica se non approssimativa. Il diritto alla salute, indubbiamente, viene *percepito* come diritto sociale a prestazione perché la sua più evidente forma fenomenica (il diritto alle cure, e in particolare alle cure gratuite) è simile a quelle che, nei diritti sociali, sono più comuni. Non meno sicuro è che questo diritto appaia, all'orizzonte dell'ordinamento, come diritto della seconda generazione, frutto di un'ondata di rivendicazioni che veniva "dopo" quelle borghesi, che avevano consolidato i diritti di libertà. Nondimeno, tutto questo non basta perché l'origine spieghi e condizioni anche la struttura giuridica.

Proprio la struttura giuridica del diritto alla salute, invero, è assai complessa. Abbiamo un nucleo di diritto a prestazione (il diritto alle cure e il diritto alle cure gratuite), ma a tale nucleo si aggiungono situazioni soggettive che hanno la struttura tipica dei diritti di libertà, come accade nel caso del diritto a non farsi curare, oppure nella cosiddetta libertà di cura (scelta del medico e della terapia). Quando si dice che il diritto alla salute è un diritto sociale, pertanto, si allude essenzialmente alla sua origine storica, mentre, se lo si passa al crivello dell'indagine analitica, la sua struttura giuridica si presenta multiforme. Conseguentemente, venendo meno la premessa viene meno anche il primo corollario, poiché non è affatto vero che ci si trovi di fronte (soltanto) ad un diritto a prestazione.

Quanto al corollario ulteriore, che vorrebbe il diritto alla salute, in

quanto diritto a prestazione, irrimediabilmente condizionato alla disponibilità di risorse finanziarie pubbliche, esso potrebbe, in astratto, stare parzialmente in piedi nonostante la smentita della premessa, visto che potrebbe valere per quella *parte* di diritto alla salute che si risolve – pur sempre – nella rivendicazione di una prestazione. Anche qui, tuttavia, vi è molto da obiettare.

Primo: come è stato più volte osservato, anche i diritti di libertà (e tutti i diritti, in genere) hanno un costo. Costa, infatti, la *macchina* pubblica che è indispensabile per assicurarne il godimento, e costa in particolare l'apprestamento degli strumenti indispensabili per la loro garanzia (e cioè di un sistema giudiziario)⁹.

Secondo: quando si dice che vi sono diritti che soffrono del condizionamento delle esigenze di bilancio si fa un'affermazione in astratto condivisibile, ma in concreto opinabile. Le risorse di bilancio disponibili, in effetti, non sono veramente un *dato*, bensì una variabile *indipendente*. Per essere più precisi: il *totale* delle risorse economiche disponibili per un concreto sistema sociale è rappresentato, ovviamente, da una quantità definita e non illimitata, ma non è affatto un dato la *distribuzione* di quel totale. Nondimeno, nei sistemi costituzionali avanzati (dei Paesi economicamente progrediti), queste risorse sono così elevate che il problema sta assai meno nel loro totale che non – appunto – nella loro distribuzione tra i vari impieghi. La questione, allora, non è se vi siano o meno le risorse per soddisfare adeguatamente il diritto alla salute, ma se vi sia o meno la volontà politica di destinare a questo impiego le somme necessarie, distogliendole da altre utilizzazioni.

Terzo: il diritto a farsi curare, senza dubbio, ha per contenuto la pretesa ad una prestazione materiale. Questo non significa, però, che si debba necessariamente trattare di una prestazione costosa per le finanze pubbliche. In qualunque sistema democratico è presente un circuito *privato* dell'assistenza sanitaria. La prestazione sanitaria, pertanto, può essere erogata tanto dal circuito pubblico (ove, come in genere accade, sussista), quanto dal circuito privato. È ovvio che le prestazioni erogate dal circuito pubblico sono costose per tutta la collettività (e non solo per

⁹ Il tema, già sondato dalla dottrina costituzionalistica italiana, è paradossalmente divenuto familiare ad un pubblico più largo soltanto con la pubblicazione della fortunata edizione italiana del volume di S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, trad. it. di E. CAGLIERI, Bologna, il Mulino, 2000.

chi se ne avvale, a meno che a costui non ne venga accollato l'intero costo). Spesso, lo sono anche quelle erogate dai privati, quando il pubblico potere prevede che, quale che sia la natura giuridica del soggetto che eroga la prestazione, il relativo costo sia assunto (ad esempio, in regime di convenzione) dall'Erario. Ora, nell'ipotesi in cui le finanze pubbliche non fossero in grado di coprire il costo delle prestazioni sanitarie, non sarebbe affatto inconcepibile l'utilizzazione del circuito privato in funzione di soddisfacimento del diritto alle cure da parte dei non abbienti. Tanto, ovviamente, nel rispetto di alcuni precisi limiti costituzionali: la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. (si tratterebbe, infatti, di prestazioni personali e patrimoniali *imposte*); la redditività dell'iniziativa privata (art. 41 Cost.) e del lavoro in tutte le sue espressioni (artt. 4 e 36); il "principio di concorrenzialità fra strutture pubbliche e strutture private" (Corte cost., sentenza n. 330/1999).

Ciò precisato, è agevole constatare che la materia "tutela della salute" non presenta contorni precisamente definiti. Ciò dipende anche dalle oscillazioni della giurisprudenza costituzionale, che, per un verso, ha valorizzato ora i profili teleologici del riparto delle materie, ora quelli testuali e oggettivi, e, per l'altro, ora si è avvalsa della possibilità – già molto tempo addietro prospettata in dottrina –¹⁰ di una definizione delle materie che tenesse conto del significato di una certa espressione nella legislazione ordinaria, anche anteriore alla legge cost. n. 3/2001, ora l'ha negata (v., in particolare, sentenza n. 26/2004).

Così come era accaduto nell'imperio del vecchio Titolo V, dunque, anche oggi la giurisprudenza costituzionale mostra di provare un serio imbarazzo nel definire gli ambiti competenziali abbracciati dagli elenchi dell'art. 117¹¹. Densa di conseguenze è, particolarmente, l'incertezza del metodo interpretativo che si è registrata quando si è trattato di scegliere fra un'interpretazione attenta alle caratteristiche testuali ed oggettive delle disposizioni relative ai singoli blocchi di materie ed una che badasse ai loro profili teleologici (dell'affidamento di ciascun blocco alla

¹⁰ Il riferimento è soprattutto ai ben conosciuti scritti di D'Atena, che peraltro ha anche di recente ribadito il proprio favore per la dottrina della c.d. *Versteinerung*: A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Forum di Quaderni cost.*

¹¹ Analogamente, tra gli altri, A. ANZON, *Il difficile avvio della Giurisprudenza Costituzionale sul nuovo Titolo V della Costituzione*, 1162, www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/.

competenza concorrente ovvero a quella esclusiva dello Stato o residuale delle Regioni). Incertezza alimentata anche dal fatto che il profilo teleologico può riguardare sia il parametro (a quale scopo la Costituzione abbia affidato un certo plesso competenziale all'uno o all'altro soggetto), sia l'oggetto del controllo costituzionale (quale scopo sia perseguito dalla fonte di rango subcostituzionale). Si ricordi, a questo proposito, la numerosa giurisprudenza a tenor della quale "l'inquadramento in una materia piuttosto che in un'altra deve riguardare la *ratio* dell'intervento legislativo nel suo complesso e nei suoi aspetti fondamentali" (sentenza n. 30/2005), giurisprudenza che mi sembra costituire un'applicazione della distinzione, schiettamente amministrativistica, fra interessi pubblici primari e secondari¹².

Per mostrare la gravità dell'incertezza basti fare, qui, l'esempio di due domini competenziali che appaiono entrambi residualmente affidati alle Regioni, come il commercio e i lavori pubblici.

Quanto al primo, è emblematico il caso della sentenza n. 1/2004, ove si ritenne che le fiere dovessero ricomprendersi nella materia "commercio" quale che fosse la loro finalità (anche – cioè – ove religiosa, o benefica, o politica). In quella fattispecie, essendo il commercio di competenza residuale delle Regioni, la conseguenza dell'opzione interpretativa prescelta fu il conferimento alle Regioni di un'autonomia maggiore di quella di cui esse avrebbero goduto in forza di un'interpretazione teleologicamente orientata. La Corte avvertì chiaramente che, trascurando l'elemento teleologico, si sarebbero potute determinare conseguenze pregiudizievoli per gli interessi tutelati dalla normativa statale, ma se ne disinteressò: le Regioni – disse – "ben potranno autonomamente rispondere alle esigenze di cui intendeva farsi carico la impugnata norma statale, valutando l'opportunità di esercitare in tal senso la propria competenza legislativa".

Quanto al secondo, è paradigmatica, ovviamente, la sentenza n. 303/2003, nella quale, come è ben noto, si scrisse che "la mancata inclusione dei 'lavori pubblici' nella elencazione dell'art. 117 Cost. [...] non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferi-

¹² Sul punto, v. soprattutto M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1970, 886 ss.

scono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti”. Qui gli effetti dell’opzione interpretativa della Corte sono stati speculari, con una compressione dell’ambito competenziale delle Regioni e un ampliamento delle attribuzioni statali che non sembravano affatto implicati dal tenore testuale-oggettivo delle disposizioni costituzionali.

L’esempio ora fatto, però, non deve ingannare, perché non è detto che un metodo interpretativo teleologicamente orientato finisca sempre per favorire lo Stato. Si pensi a come sono andate le cose quanto agli ambiti competenziali assegnati allo Stato in via esclusiva, per i quali la tendenza prevalente è stata quella a leggerli come attribuzioni funzionali, piuttosto che come ambiti materiali di competenza precisamente definiti. L’esaltazione del profilo finalistico, invero, non ha sistematicamente favorito l’allocazione delle competenze in favore del livello di governo più alto. Questo, ad esempio, è accaduto proprio con le decisioni sui “livelli essenziali” (v. già la capostipite sentenza n. 282/2002, ma v. soprattutto la sentenza n. 338/2003), ma non anche con quelle in materia di “ambiente”. Qui, la scelta di qualificare l’ambiente come “materia trasversale” (si vedano già le sentenze nn. 407/2002 e 536/2002, ove si legge che l’ambiente ha “La natura di valore trasversale, idoneo ad incidere anche su materie di competenza di altri enti nella forma degli standards minimi di tutela, già ricavabile dagli artt. 9 e 32 della Costituzione, trova ora conferma nella previsione contenuta nella lettera s) del secondo comma dell’art. 117 della Costituzione, che affida allo Stato il compito di garantire la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”) ha avuto conseguenze diverse a seconda della singola fattispecie di volta in volta scrutinata. Talora, la trasversalità della materia è servita ad esaltare l’esclusività dell’intervento dello Stato; talaltra, a conservare robusti margini di presenza regionale. La flessibilità e l’incertezza della nozione di trasversalità, del resto, rendevano in qualche modo fatali questi esiti: già la fondamentale sentenza n. 303/2003 esplicitava i margini di incertezza implicati dalla formulazione del parametro costituzionale e dalla lettura datane dalla Corte, affermando che “la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema forma oggetto di una potestà esclusiva, ai sensi dell’art. 117, 2° comma, lettera s), che è bensì interferente con una molteplicità di attribuzioni regionali, come questa Corte ha riconosciuto nelle sentt. n. 536 e n. 407/2002, ma che non può essere ristretta al punto di conferire alle Regioni, anziché allo Stato, ogni determinazione al riguardo”.

La più recente giurisprudenza in materia di tutela dell'ambiente sembra aver determinato una notevole svolta nell'atteggiamento della Corte, che, resasi conto dell'eccesso di incertezza determinato dalla teoria delle materie trasversali (o non-materie), ha imboccato un sentiero di maggior rigore e precisione, definendo in modo più rigido i confini della materia e – quindi – i rapporti competenziali fra lo Stato e le Regioni¹³. Un'analogha svolta, peraltro, non si registra in riferimento alla definizione della materia "livelli essenziali", per la quale sembra valere ancora l'idea che si tratti di un ambito competenziale trasversale: la Corte ha affermato che "non si tratta di una 'materia' in senso stretto, ma di 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" (sentenza n. 282/2002).

Nondimeno, come si legge nella sentenza n. 285/2005 (ma v. anche la sentenza n. 248/2006), il paradigma dei livelli essenziali "non può essere invocato se non in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione, risultando viceversa del tutto improprio e inconferente il riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost., al fine di individuare il fondamento costituzionale della disciplina, da parte dello Stato, di interi settori materiali" (cfr., fra le molte, le sentenze n. 120/2005; nn. 423 e 16/2004 e n. 282/2002). Si può dunque condividere quanto ha scritto Renato Balduzzi ricordando proprio la sentenza n. 282/2002, e cioè che i livelli essenziali non sono considerati una "materia" (semmai un "oggetto" di normazione statale); purtroppo, la loro capacità di attraversare diagonalmente tutte le materie non degrada la potestà legislativa regionale a potestà di mera attuazione, sicché essi funzionano "come se" fossero una materia¹⁴.

Una sovrapposizione di ambiti competenziali, pertanto, è sempre possibile, e in tal caso la soluzione indicata dalla Corte costituzionale (v., in

¹³ La vicenda di questa più recente giurisprudenza è puntualmente ricostruita da P. MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ R. BALDUZZI, *I livelli essenziali in sanità*, in G. BERTI-G.C. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, Giuffrè, 2003, 247 ss.

particolare, la sentenza n. 341/1996) è quella della leale cooperazione tra i diversi livelli di governo, ferma restando, peraltro, l'intangibilità delle norme statali negli ambiti ad esse costituzionalmente riservati. In questi casi la soluzione più appagante è procedurale, più che sostanziale: come ha osservato di recente Michele Belletti, è opportuno passare da un sistema di competenze concorrenti ad un sistema di concorrenza di competenze¹⁵. E ciò è tanto più necessario di fronte ad un meccanismo di determinazione dei livelli essenziali che non può fare a meno del ricorso all'atto amministrativo (il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri), per la cui formazione la giurisprudenza costituzionale esige appunto l'instaurazione di meccanismi collaborativi (cfr. sentenze nn. 88/2003; 134/2006; 80 e 98/2007). Anzi, come si evince dalla sentenza n. 45/2008, la Corte ritiene che la natura di fonte di definizione dei "livelli essenziali" di certe previsioni statali si possa dedurre dalle stesse procedure di collaborazione ("Dagli atti normativi e dagli accordi Stato-Regioni prima richiamati emerge che gli interventi previsti dalla disposizione censurata rientrano sicuramente nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale").

È stato opportunamente osservato¹⁶ che la Costituzione affida la tutela della salute alla "Repubblica", sicché l'attivazione di meccanismi cooperativi sarebbe sollecitata dalla stessa volontà dei Costituenti. Non si può non ricordare, tuttavia, che questo dato testuale è stato ritenuto irrilevante dalla Corte costituzionale (v., in materia di *norme generali sull'istruzione*, la sentenza n. 200/2009, secondo la quale l'art. 117, 2° comma, lett. n), Cost., "stabilisce che titolare esclusivo della relativa potestà legislativa è lo Stato, in tal modo precisando il riferimento alla 'Repubblica' contenuto nell'art. 33, secondo comma, Cost."). V'è da chiedersi, semmai, se tali meccanismi cooperativi debbano scattare nell'am-

¹⁵ M. BELLETTI, *Il controverso confine tra "livelli essenziali delle prestazioni", principi fondamentali della materia e divieto del vincolo di destinazione di finanziamenti statali, attendendo la perequazione nelle forme della legge n. 42/2009*, in *Regioni*, n. 3-4/2009, 756 ss.

¹⁶ Da R. BALDUZZI, *A mo' di introduzione: su alcune vere o presunte criticità del servizio sanitario nazionale e sulle sue possibili evoluzioni*, in AA.VV., *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, a cura di R. BALDUZZI, Bologna, il Mulino, 2009, 12.

bito del solo procedimento amministrativo o anche di quello legislativo. Come è noto, è affermazione costantemente ripetuta dalla Corte costituzionale quella secondo cui il principio di leale collaborazione “non si applica all’attività legislativa” (da ultimo, sentenza n. 16/2010). Va osservato, però, che, se questo è vero in generale, in alcuni casi particolari (tipico quello delle leggi provvedimento) la Corte si è pronunciata nel merito di questioni che erano state prospettate invocando anche nell’attività legislativa il rispetto del principio di leale collaborazione (v., in particolare, le sentenze nn. 203/2008 e 341/2009), con ciò solo implicando la sua applicabilità anche in quel dominio. Sebbene non vi siano affermazioni esplicite in tal senso, gli spunti desumibili da questo filone giurisprudenziale potrebbero avere notevole importanza proprio nella materia dei livelli essenziali, nella quale è fitto l’intreccio tra il livello legislativo e quello amministrativo degli interventi.

Venendo, appunto, al concetto di “salute” rinvenibile nella giurisprudenza costituzionale, esso appare assai ampio. E lo è già da prima del 2001. Così, la sentenza n. 167/1999, specificamente, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 1052, 2° comma, c.c., “nella parte in cui non prevede che il passaggio coattivo di cui al primo comma possa essere concesso dall’autorità giudiziaria quando questa riconosca che la domanda risponde alle esigenze di accessibilità – di cui alla legislazione relativa ai portatori di handicap – degli edifici destinati ad uso abitativo”. Tanto sul presupposto che i portatori di handicap abbiano diritto ad una *normale vita di relazione*, e (come è stato detto sulla scia della sentenza n. 215/1987) che “la socializzazione debba essere considerata un elemento essenziale per la salute di tali soggetti sì da assumere una funzione sostanzialmente terapeutica assimilabile alle pratiche di cura e riabilitazione”. Inoltre, il diritto alla salute garantito dall’art. 32 Cost. è inteso come “comprensivo anche della salute psichica la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica”. Non solo. Del diritto alla salute fa parte anche il diritto al consenso informato. Infatti, “il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell’art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione” (sentenza n. 438/2008). Con rilevanti conseguenze anche sul piano del riparto di competenze

fra Stato e Regioni, perché “il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale”.

Il consenso informato è precondizione della stessa libertà di cura, quale elemento costitutivo del diritto alla salute. Ci si può dunque chiedere se dei livelli essenziali faccia parte anche la garanzia della libertà di cura. Già le affermazioni della Corte sul collegamento fra competenze statali e consenso informato inducono a rispondere affermativamente. Sulla libertà di scelta del tipo di cura, infatti, può incidere anche il regime giuridico delle informazioni sanitarie. In particolare, qualunque limitazione della pienezza dell’informazione che può raggiungere l’utente del Servizio sanitario comprime, in qualche misura, la libertà di scelta: è chiaro che questa può dispiegarsi pienamente soltanto a condizione che lo stesso utente disponga di un’informazione completa sulle varie alternative. Non è meno chiaro, però, che l’interesse alla completezza dell’informazione si deve temperare con quello della *serietà* dell’informazione stessa. È per questo che la Corte ha respinto addirittura con ordinanza alcune censure che toccavano le limitazioni del diritto di comunicare all’esterno le proprie competenze professionali (ord. n. 460/1998: nella specie, si trattava del divieto di inserire nella pubblicità sanitaria dei singoli operatori qualifiche – come “medicina omeopatica” – non acquisite nell’ambito di scuole di specializzazione universitarie). Analoghe esigenze stanno alla base della normativa che regola la pubblicità dei farmaci, funzionale alla loro corretta circolazione e – per conseguenza – alla tutela della salute (v. sentenza n. 209/1999).

Sulla libertà di scelta, comunque, le affermazioni più interessanti si rinvencono nella sentenza n. 185/1998 sul c.d. “caso Di Bella”. Qui, ragionevolmente, la Corte dà per scontato che il Servizio sanitario nazionale sia tenuto ad accollarsi il costo di medicinali o cure solo a condizione che siano di comprovata (o, tutt’al più, comprovanda) efficacia. Questo non è in contrasto con il principio della libertà di scelta della cura che si preferisce, poiché tale libertà presuppone che di *autentica* “cura” si stia discutendo. Il passo preliminare, pertanto, è quello della delimitazione delle (effettive) cure disponibili, poiché solo tra queste si può legittimamente scegliere (pretendendo, per un verso, che il SSN le assicuri e, per l’altro, che, ove ne ricorrano le condizioni, si faccia carico del loro costo). In ogni caso, la libertà di scelta del cittadino non è priva di limiti.

Come si legge nella sentenza n. 94/2009, infatti, essa “va temperat[a] con gli altri interessi costituzionalmente protetti, in considerazione dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore ordinario incontra in relazione alle risorse finanziarie disponibili” (sentenze n. 267/1998, n. 416/1996).

In collegamento con la libertà di scelta del paziente, infine, è anche la libertà di esercizio professionale dell’operatore sanitario. Da questo punto di vista, è opportuno ricordare che, se la Corte ha ritenuto ragionevole la disciplina dell’attività intramuraria dei medici dettata dalla legge n. 724/1994 (sentenza n. 330/1999), ha ritenuto invece illegittima la scissione tra attività di assistenza ospedaliera e attività didattico-scientifica del personale medico universitario, nel presupposto della mutua integrazione che le caratterizza (sentenza n. 71/2001).

Come si vede, una nozione assai ampia di “salute” sembra essere stata accolta dalla giurisprudenza costituzionale. Del resto, già il concetto di “assistenza sanitaria ed ospedaliera” era stato interpretato in modo assai ampio, e cioè come il “complesso degli interventi positivi per la tutela e promozione della salute umana” (sentenza n. 382/1999). E la stessa Corte era perfettamente consapevole degli approdi cui avrebbe condotto la sua ricostruzione, quando affermava che “il diritto alla salute, qui declinato come diritto all’assistenza in caso di malattia, ha assunto una configurazione legislativa che ne rispecchia la vocazione espansiva” (sentenza n. 309/1999).

Un indirizzo giurisprudenziale, come si vede, in armonia con la peculiare posizione assegnata dalla Costituzione al diritto alla salute, che – è bene rammentarlo – è l’unico che sia esplicitamente qualificato come “fondamentale”. Il che non è del tutto casuale, ma è almeno in parte imputabile all’intenzione di elevare la salute a “precondizione” dell’effettivo godimento del ricco patrimonio di diritti conferito dalla Costituzione ai cittadini (e non).

3. Stato, Regioni, livelli essenziali

Ci si deve ora chiedere quali conseguenze la garanzia dei livelli essenziali determini sul piano organizzativo, in particolare per quanto concerne il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali.

A questo proposito, si deve ribadire quanto già osservato, e cioè che il riferimento ai livelli essenziali non si trova soltanto all’art. 117, ma anche

all'art. 120, ove si prevede che “il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni [...] quando lo richiedono [...] in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”.

Sin dai primi commenti, tanto in sede dottrinale, quanto in sede politico-istituzionale¹⁷, si è notato che la previsione della garanzia dei livelli essenziali consente allo Stato di tagliare trasversalmente il limite delle materie, irrompendo anche nel dominio riservato alle Regioni qualora lo richieda l'esigenza di garantire il rispetto di quei livelli. La cosa, per la verità, non può sorprendere, poiché questo non è altro che uno dei punti di emersione dell'interesse nazionale, solo apparentemente eliminato dal quadro costituzionale in seguito alla modificazione degli artt. 117 e 127¹⁸. Come già avvenne con l'interesse nazionale, dunque, anche nel caso dei livelli essenziali avremo una riduzione della capacità ordinatoria della ripartizione per materie e un elemento di flessibilizzazione dei rapporti tra Stato e autonomie¹⁹. La stessa sentenza n. 282/2002, che per prima si è pronunciata sul tema dei livelli essenziali, affermando che “non si tratta di una ‘materia’ in senso stretto, ma di 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”, ha sottinteso che la riserva allo Stato della determinazione dei livelli essenziali determina la possibilità di un attraversamento degli ambiti materiali delle competenze, secondo il modello tipico – si è visto – dell'interesse nazionale.

Se, poi, ci si interroga su come possa avvenire questo scavalco trasversale del limite delle materie, si può rispondere che il sistema delle competenze in materia di livelli essenziali delle prestazioni dovrebbe essere così sintetizzato:

¹⁷ V., ad es., il documento di Anci, Upi, Uncem e Lega delle autonomie, elaborato per l'audizione del 16 gennaio 2002 innanzi la Prima Commissione del Senato (nel quadro dell'Indagine conoscitiva sulla riforma del Titolo V della Costituzione).

¹⁸ Sul punto, mi permetto di rinviare a M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3/2001*, in *Il nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., spec. 17 ss.

¹⁹ Per questa osservazione, a proposito dell'interesse nazionale, da ultimo, A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2002, 107 ss.

a) lo Stato determina, preventivamente e in base alla legge²⁰, i livelli essenziali delle prestazioni;

b) l'atto statale con il quale i livelli sono definiti in concreto può essere una legge, oppure (e, vista la complessità dei dati da considerare, è questo quanto non può non accadere) un atto amministrativo "apicale", come un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. In ogni caso, tale atto presuppone una previa legge, che definisca i limiti della discrezionalità governativa;

c) se lo Stato crede, può sostituire il proprio atto unilaterale con un atto consensuale, nella cui adozione siano coinvolte anche le autonomie. È quanto è accaduto con gli accordi del 22 novembre 2001 sui livelli di assistenza sanitaria;

d) la determinazione dei livelli essenziali può e deve essere effettuata per tutte le materie, anche per quelle di competenza regionale;

e) Regioni ed enti locali debbono rispettare i livelli essenziali. Se non lo fanno, si espongono all'intervento sostitutivo da parte dello Stato.

Infine, si deve segnalare che la garanzia dei livelli essenziali non esaurisce l'intervento dello Stato a sostegno della realizzazione di pari condizioni di vita di tutti i cittadini, poiché è possibile anche un'ulteriore forma di intervento attraverso il fondo perequativo di cui all'art. 119, 3° comma, e attraverso le azioni di promozione dello sviluppo di cui all'art. 119, 5° comma. Tra le due forme di intervento vi è una differenza notevole. Mentre con la prima ci si limita ad affidare risorse alle Regioni (senza alcun vincolo finalistico: giurisprudenza costituzionale costante: v., ad es., sentenza n. 168/2008), con la seconda, in modo assai più incisivo, l'attribuzione delle risorse si può accompagnare alla fissazione di oggetti di spesa e di obiettivi da perseguire.

²⁰ La materia, invero, appare chiaramente coperta da una riserva (ancorché relativa) di legge. Per un verso, la determinazione dei livelli essenziali appartiene alla competenza *legislativa* esclusiva dello Stato. Per l'altro, in materia di diritti è principio generalissimo del nostro ordinamento che soltanto l'intervento del legislatore possa legittimare successive determinazioni della Pubblica Amministrazione.

Già prima, del resto, e come già ricordato, era stata la legge a definire i livelli essenziali delle "prestazioni sociali erogabili sotto forma di beni e servizi secondo le caratteristiche ed i requisiti fissati dalla pianificazione nazionale" (art. 22, 2° comma, della legge n. 328/2000).