



ELISA CAVASINO

PERCHÉ COSTRUIRE IL DIRITTO ALLA SALUTE COME “DIRITTO A PRESTAZIONE”
RENDE LE FORME NORMATIVE DELL’UGUAGLIANZA DIPENDENTI DAL LIMITE
ECONOMICO-FINANZIARIO E RIDIMENSIONA L’EFFETTO GARANTISTICO DEL
“CONTENUTO MINIMO ESSENZIALE”

1. PREMESSA: IL DIRITTO ALLA SALUTE NELLA MORSA DEI PUBBLICI POTERI

Le trasformazioni del diritto costituzionale assumono davvero significato con la creazione e la stabilizzazione di «nuovi concetti e teorie di diritto pubblico»¹.

Alla introduzione nella Costituzione di una disciplina davvero minimale del diritto alla salute, è seguita un’opera di costruzione e stabilizzazione di concetti e teorie elaborati sulla scia di importanti interventi legislativi².

La giurisprudenza costituzionale ha inciso sul quadro normativo delineato dal legislatore in modo ambivalente.

Da un lato, le decisioni della Corte sono riuscite a “contenere”, *ex post*, possibili effetti distorsivi della disciplina positiva. Mi riferisco in particolare alle decisioni rese in sede di giudizio di legittimità in via incidentale, con lo sviluppo della teorica del *contenuto minimo irriducibile del diritto alla salute*. D’altro

¹ L. Von Stein, *Il principio e il movimento della libertà*, in Id., *Opere scelte. I. Storia e società*, antologia a cura di E. Bascone Remiddi, Milano, 1986, 159.

² In questo contributo non si affrontano gli aspetti giusciviltistici della tematica, che pure sono stati fondamentali nella costruzione della struttura costituzionale del diritto alla salute come diritto soggettivo (tema emerso chiaramente nella giurisprudenza costituzionale a partire da C. cost. n. 88 del 1979), per i quali sembra invece centrale il ruolo della giurisprudenza.

canto, soprattutto in fasi di crisi finanziaria dello Stato, gli orientamenti della Consulta non hanno inciso sulle scelte normative di contenimento della spesa sanitaria in modo da *evitare* possibili *generalizzate* lesioni al diritto alla salute. Questo è quanto emerge dalla giurisprudenza costituzionale in sede di giudizio di legittimità in via principale. Quest'ultimo dato, si vedrà, ha importanti conseguenze sul piano della tenuta di certe categorie concettuali nella fase storica più recente.

Alcune parole, dunque, sulla centralità del ruolo del legislatore e l'atteggiamento ambivalente tenuto dalla Corte.

A proposito dell'interpretazione dell'art. 32 Cost., disposizione che inizialmente era ritenuta norma *programmatica*, è stata la sua graduale attuazione, mediante la costruzione – per via legislativa – di un assetto organizzativo dell'*apparato pubblico* preposto alla tutela della salute (che, peraltro, va ben oltre il livello di garanzia da essa prescritto) che ha portato alla piena affermazione della precettività del diritto alla salute³.

Sembra poi ormai monolitica in dottrina e in giurisprudenza la tesi che il diritto alla salute sia un diritto costituzionale condizionato dal limite economico-finanziario, dal limite tecnico-scientifico e dal limite organizzativo⁴.

Quindi, appare un dato ormai acclarato che nel fascio di situazioni giuridiche soggettive riconducibili al dettato dell'art. 32 Cost. giochi un ruolo preponderante il concetto di *diritto a prestazione*⁵ che trova forme di tutela nel rispetto *delle compatibilità di bilancio; allo stato delle tecnologie e delle*

³ V. Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *Principi generali e norme programmatiche*, ivi, 30 ss., per giungere a tale conclusione.

⁴ *Ex multis*, C. Cost. n. 455 del 1990; 304 del 1994; 267 del 1998; 309 del 1999; 354 del 2008; 248 del 2011).

⁵ G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755.



conoscenze scientifiche disponibili e delle modalità di organizzazione del servizio che spettano alla pubblica amministrazione.

Nella giurisprudenza costituzionale emerge in modo costante, a partire dall'inizio degli anni '90, una forma di sindacato delle scelte normative in materia di tutela della salute che fa leva sulla "categoria giuridica" del *contenuto minimo essenziale* (o, se si vuole, del *nucleo duro, irriducibile*) del diritto, contenuto minimo che, in particolare, *non tollera lesioni* in nome delle esigenze di bilancio, *non potendo entrare in bilanciamento* con le esigenze economico-finanziarie⁶.

Ma come si è giunti a definire questo quadro? Si tratta di punti fermi o si sta riaprendo il tema del *bilanciamento* fra esigenze economico-finanziarie ed effettiva tutela del diritto alla salute?

Appare in linea di continuità con il trentennio passato che tutti questi assiomi concettuali siano l'effetto di precise scelte legislative e, nel tempo, abbiano avuto importanti riflessi anche sul piano delle scelte del legislatore costituzionale in materia di tutela della salute. Ne è la dimostrazione che negli studi condotti prima *dell'attuazione* per via legislativa dell'articolo 32 Cost., difficilmente si ritrovano concetti e problematiche emerse nella fase storica che segue all'entrata in vigore della l. n. 833 del 1978⁷.

⁶ C. cost. nn. 455 del 1990 e 267 del 1998, 309 del 1999 (non a caso sono citate la sentenza che "apre" quel decennio e quelle che lo "chiudono", che *correggono* C. cost. n. 992 del 1988). In dottrina A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, ora in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 139. Per un'analisi della questione alla luce della giurisprudenza costituzionale C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali: orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali: indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001.

⁷ Cfr. ad es. F. Pergolesi, *Alcuni lineamenti dei "diritti sociali"*, Milano, 1953; S. Lessona,



Posto ciò, le scelte del legislatore successive alle *crisi di bilancio* dei primi anni '90 dello scorso secolo hanno fortemente influenzato il processo di riforma dell'assetto dei rapporti centro-periferia poi definito con la l. cost. n. 3 del 2001 e stanno determinando la *crisi* di alcuni dei paradigmi interpretativi della disciplina costituzionale.

In particolare, nella legislazione statale emerge una linea di tendenza che fa entrare in crisi l'idea che la tutela del contenuto minimo essenziale non possa entrare in bilanciamento con le scelte economico-finanziarie. Nella giurisprudenza costituzionale, probabilmente anche per ragioni connesse all'aumento dei giudizi in via principale ed al ridimensionamento del giudizio in via incidentale, sembra aprirsi un percorso giurisprudenziale che *non ostacola* queste scelte normative: in un momento di crisi di bilancio, in cui appare essere un'emergenza costituzionale il rispetto degli obblighi costituzionali ed europei in materia di stabilità finanziaria, è più complesso sindacare le scelte legislative utilizzando la categoria del contenuto minimo essenziale.

Sembra quindi attuale la riflessione mortatiana sull'assetto costituzionale repubblicano laddove avvertiva che il punto debole di questo risiedeva nelle «antinomie» della parte *organizzativa* della Costituzione. Sono ancor'oggi i meccanismi di articolazione dei poteri ad essere inadeguati a quanto è richiesto all'«azione dello Stato rivolta ai nuovi compiti assunti nel campo economico-sociale»⁸.

2. IN UN MODELLO “ETERONOMO” DI TUTELA DELLA SALUTE SI RIDIMENSIONA

La tutela della salute pubblica, in Calamandrei-Levi, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950.

⁸ C. Mortati, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 214, spec. 222.



L'AUTONOMIA LEGISLATIVA, AMMINISTRATIVA, FINANZIARIA REGIONALE IN NOME DELL'UGUAGLIANZA

Il diritto alla salute, come del resto gli altri diritti costituzionali, vive stretto nell'antica dicotomia fra diritti sociali e diritti di libertà ed è soggetto più degli altri ai tre ordini di limiti che sono stati indicati⁹: il limite tecnico-scientifico; il limite organizzativo; il limite economico-finanziario.

Il legislatore statale, nel 1978, aveva immaginato l'attuazione della Costituzione mediante la costruzione di un servizio sanitario *soggettivamente* pubblico, finanziato prevalentemente a carico della fiscalità generale¹⁰, costruito per erogare «livelli» di prestazioni da garantire «comunque» a «tutti i cittadini»; per assicurare «condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale»¹¹. Questa scelta ha condizionato ogni successivo svolgimento sia dei percorsi di riforma dell'assetto normativo in materia di tutela della salute, sia delle analisi della struttura di questo diritto costituzionale¹².

⁹ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, trad. it a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 212 ss. (spec. 227 e 242). La forte influenza di questa impostazione *individualistica* dei diritti fondamentali come *libertà dallo Stato* viene evidenziata da V. E. Orlando, *Prefazione*, edizione italiana di J. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912, VII; poi da P. Virga, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, 145. Parte della dottrina italiana continua a sostenere tale tesi A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 94 ss., nonostante già a partire dagli studi di M. Mazziotti si immagini un differente percorso culturale (cfr. M. Mazziotti, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1954, 50). Per una lettura differente, cui qui si accede, R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2011, cap. XIII. Di recente A. Mangia, *'Attuazione' legislativa ed 'applicazione' giudiziaria del diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 751 spec. 753.

¹⁰ Cfr. art. 51 l. n. 833 del 1978.

¹¹ Artt. 3 e 4 l. n. 833 del 1978.

¹² Si pensi all'impatto che ha avuto sulla dottrina, negli anni '80: cfr. B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21 ss.; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 21. Rileva tale circostanza A. Mangia, *'Attuazione' legislativa*



Sono noti gli effetti che ha avuto *questa modalità* di interpretazione per via legislativa dell'inciso del primo comma dell'art. 32 Cost.: si è costruita l'idea della imprescindibilità del *medium* normativo per definire «il contenuto del diritto sociale alla salute»¹³; si è determinata la progressiva stabilizzazione di un modello di allocazione delle competenze normative, amministrative e finanziarie sperimentato nel trentennio successivo alla l. n. 833 del 1978 e una visione eteronoma del contenuto e della struttura del “diritto alla salute”: in altri termini, se si vuole comprendere lo statuto del diritto alla salute si deve innanzitutto analizzare la legislazione statale, laddove essa fissa i principi di organizzazione del servizio sanitario; le prestazioni erogabili; le coperture finanziarie per i costi dei servizi. Questo perché è sulla base di essa che si muovono i percorsi della giurisprudenza. In nome dell'uguaglianza e dell'esigenza di garantire la tutela della salute tramite un servizio pubblico finanziato a carico della fiscalità generale, è *nel rapporto* fra singolo e servizio sanitario che si definiscono modi e tecniche di tutela della salute¹⁴.

Per una lunga fase storica, quest'assetto del servizio sanitario nazionale, volto a garantire l'*uguagliamento delle condizioni* dei singoli su tutto il territorio nazionale¹⁵ ha inciso sui raccordi centro-periferia, con effetti importanti sui margini di autonomia regionali¹⁶. Oggi la struttura del diritto alla salute è il

ed 'applicazione' giudiziaria, cit., 765.

¹³ Così anche B. Pezzini, *IL diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 59.

¹⁴ Quello che qui viene definito *modello eteronomo* potrebbe essere rappresentato nei termini in cui si esprimono S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights. why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, a cura di E. Caglieri, Bologna, 2000, 214.

¹⁵ Art. 1 l. n. 833 del 1978.

¹⁶ G. Mor, *Il riordino della sanità nella crisi dello stato sociale e della costituzione materiale*, in *Le Regioni*, 1994, 957, spec. 974. Sul punto C. cost. n. 610 del 1988 con nota di G. Pastori,



prodotto delle scelte legislative statali e regionali sull'organizzazione del servizio sanitario; delle scelte normative statali sui livelli essenziali di assistenza sanitari (scelte “politiche” condizionate dalle variabili tecnico-scientifiche) e delle scelte statali sulla provvista finanziaria per l'erogazione dei LEA (scelte “politiche” condizionate dalle variabili macro-economiche).

Successivamente all'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001, è stato avviato un processo di negoziazione fra Stato e Regioni delle scelte sulla relativa “provvista” finanziaria per i LEA¹⁷ e gli *obiettivi di performance* dei servizi sanitari che vede le scelte di bilancio negoziate nel *sistema* delle Conferenze e poi trasfuse a livello legislativo¹⁸. Questo è l'esito di un lungo percorso di responsabilizzazione delle Regioni nella spesa sanitaria che prende le mosse dal d.lgs. n. 446 del 1997 e procede verso il *federalismo fiscale*, sviluppato in una prima fase, precedente alla riforma costituzionale del 2001, con il d.lgs. n. 56 del 2000 (attuazione della delega di cui all'art. 10 l. n. 133 del 1999) e poi rilanciato dalla l. n. 42 del 2009 e dai decreti legislativi attuativi¹⁹.

Dunque, i tratti dell'ordinamento italiano che più hanno inciso sulla

La sanità fra legislazione statale e amministrazione regionale, in *Le Regioni*, 1989, 323.

¹⁷ La regola della *contestuale individuazione* dei livelli e delle risorse economico-finanziarie era implicita nel d. lgs. n. 502 del 1992 e nel d.lgs. n. 229 del 1999 e ha inciso sull'azione amministrativa in tema di erogazione delle prestazioni LEA, avendo determinato la specificazione di diversi criteri cui informare l'azione amministrativa (Art. 1 c. 2 d.lgs. n. 502 del 1992, come mod. da art. 1 d.lgs. n. 229 del 1999).

¹⁸ Questa è l'esperienza successiva all'art. 1 cc. 173 ss. l. n. 311 del 2004 ed agli ultimi “Patti per la salute”: Intesa 23 marzo 2005 in Conferenza Stato Regioni; Intesa del 3 dicembre 2009 “patto per la salute” per il triennio 2009-2011. La legge finanziaria per il 2010 (l. n. 191 del 2009) *legificherà* i contenuti dell'Intesa. Su quello qui definito “sistema delle conferenze” I. Ruggiu, *Contro la camera delle regioni: istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, 2006; R. Bifulco, *Il modello italiano delle conferenze stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federali*, in *Le Regioni*, 2006, 233 ss.

¹⁹ D.lgs. n. 68 del 2011; d.lgs. n. 118 del 2011, titolo II; d.lgs. n. 149 del 2011.



costruzione *eteronoma* della tutela costituzionale della salute sono stati definiti, per lungo tempo, *a livello di legislazione ordinaria*, nella quale il limite delle esigenze economico-finanziarie ha iniziato ad assumere un peso determinante a partire dagli anni '90. La riforma costituzionale del 2001 ha essenzialmente trasposto a livello costituzionale dei *dati normativi* già consolidati. La Corte costituzionale, peraltro, sotto questo aspetto, non sembra avere operato una interpretazione estensiva delle competenze regionali²⁰.

Il quadro costituzionale immagina dunque un modello uniforme di tutela della salute del singolo su cui *possono innestarsi* elementi di differenziazione a livello regionale, se ci sono le *condizioni economiche* per farlo e *al di fuori di un livello minimo* (uguale per tutti e su tutto il territorio nazionale)²¹ di tutela del diritto alla salute *come diritto a ricevere determinate prestazioni sanitarie*²². Ora, il limite economico-finanziario assume un ruolo *cruciale* per definire concretamente il livello di *differenziazione* dei sistemi sanitari regionali e il livello di tutela del diritto alla salute. Elementi di differenziazione potrebbero emergere in questo quadro sul piano del finanziamento del servizio, ove si ritenesse, in particolare, che in materia di attuazione dell'art. 119 Cost. le Regioni ad autonomia differenziata fossero chiamate *fuori* da questo processo in nome della tutela del principio pattizio. Ma, per una serie di ragioni di sistema, che emergono anche nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e nei raccordi Stato-Regioni,

²⁰ Questo a partire da C. cost. n. 282 del 2002, 338 del 2003; 200 del 2005; 438 del 2008.

²¹ Da ultimo C. cost. n. 252 del 2011.

²² La riforma costituzionale del 2001 inserisce fra le competenze legislative esclusive statali la competenza sui livelli essenziali delle prestazioni e immagina una competenza concorrente in materia di tutela della salute che è stata intesa prevalentemente come competenza sull'organizzazione del servizio sanitario (C. cost. n. 438 del 2008; 200 del 2005, anche per le Regioni speciali *ex art. 10 l. cost. n. 3 del 2001*; C. cost. nn. 448 del 2006; 50 del 2007; 98 del 2007; 371 del 2008. *Ante* riforma C. cost. n. 355 del 1993).

anche le Regioni speciali sono state sino ad oggi parte del complesso *sistema sanitario nazionale*²³.

Gli strumenti dell'*uguale esercizio dei diritti costituzionali* sono i *livelli essenziali delle prestazioni* ed il connesso regime del loro finanziamento. Questi sono la *cifra costituzionale* dell'uguaglianza nella determinazione dei tratti *prestazionali* del diritto alla salute e sono il prodotto di precise scelte legislative, assunte nel quadro di un dato modello di servizio sanitario: un servizio pubblico, universale, che nel tempo ha sviluppato moduli di apertura all'apporto dei privati e l'allocazione delle competenze e delle responsabilità organizzative e gestionali sull'Ente Regione.

I livelli essenziali delle prestazioni (LEP) di cui all'art. 117 c. 2° lett. m) Cost. sono stati e sono ancor'oggi, in materia di tutela della salute, i *livelli essenziali di assistenza sanitaria*, categoria costruita dal legislatore statale a partire dall'art. 1. n. 833 del 1978²⁴ e poi espressamente qualificati come tali nelle riforme sanitarie degli anni '90²⁵.

A livello costituzionale ha quindi trovato *codificazione* una categoria giuridica costruita dal legislatore statale: è stato il legislatore a sostituire il termine *assistenza sanitaria* con quello di *prestazione sanitaria* per definire le attività del servizio sanitario nazionale²⁶ e ad introdurre il termine *livelli uniformi* di

²³ Rispetto al Patto di stabilità interno, poiché la finanza delle Regioni speciali è parte della "finanza pubblica allargata" C. cost. nn. 353 e 425 del 2004; Rispetto agli obiettivi di stabilizzazione finanziaria: C. cost. n. 353 del 2004 (che richiama C. cost. n. 357 del 1993 e n. 416 del 1995) e 169 del 2007; per assicurare il rispetto dei "vincoli comunitari": C. cost. n. 229 del 2011; 82 del 2007. Così nell'esperienza dei Patti per la salute.

²⁴ Artt. 3 e 53 l. n. 833 del 1978.

²⁵ Cfr. il testo dell'art. 1 d. lgs. n. 502 del 1992 prima e dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 229 del 1999.

²⁶ L. n. 833 del 1978 su cui E. Ferrari, *Art. 19*, in AA. VV., *Il servizio sanitario nazionale*.



assistenza, prima, e di livelli *essenziali ed uniformi* di assistenza²⁷.

A proposito di questa disciplina si è parlato dei LEA come «contenuto necessario e sufficiente dell'obbligo di servizio pubblico posto dall'ordinamento a carico di ciascuna regione nel proprio ambito territoriale, nei confronti dei destinatari del servizio»²⁸. Ciò spiega perché essi si possono considerare come *cifra dell'uguaglianza*.

I LEP assumono un preciso significato in rapporto al *limite alla discrezionalità* del legislatore rispetto al contenuto essenziale del diritto alla salute.

La dottrina, immediatamente dopo l'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001, ha evidenziato quali rapporti possano essere costruiti fra *livelli essenziali delle prestazioni* e *contenuto minimo essenziale* del diritto alla salute²⁹: i primi sono la forma *normativa* dell'uguaglianza, il secondo è *strumento di controllo* della discrezionalità del legislatore nella garanzia dei diritti costituzionali. I LEP possono coincidere con il contenuto minimo, non possono intaccarlo e possono essere collocati al di sopra del *quantum* di tutela con esso identificato.

Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833, cit. 227, nota 8, riferendosi alle teorie di S. Romano, Principi di diritto amministrativo, Milano, 1906, 331-344; R. Alessi, Le prestazioni pubbliche, Roma, 1964, 44-73; A. Barettoni Arleri, Obbligazioni, obblighi pubblici e prestazioni amministrative, Milano, 1966.

²⁷ Dd.lgs. nn. 502 del 1992 e 229 del 1999.

²⁸ Così N. Aicardi, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, II ed., Milano, 2003, 657.

²⁹ Per tutti, i commenti di A. Simoncini ed E. Balboni a C. cost. n. 88 del 2003 in *Le Regioni*, 2003, 1199 ss. e i saggi di A. D'Aloia, *Diritti e stato autonomistico: il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1064 e M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117 c. 2° lett. m) della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2002, 345, oltre alle monografie di V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali: livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, e C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008.



I LEP, dopo la riforma costituzionale, sono divenuti forma normativa delle funzioni costituzionali dello Stato. Le implicazioni di tale assunto sono molteplici. Il modello eteronomo definito dal legislatore, determina l'esercizio della competenza sui LEP va condotto integrando nelle scelte politiche le variabili tecnico-scientifiche (dentro i LEA sanitari va ricercata una nozione *oggettiva* di salute). In secondo luogo, il modello eteronomo di tutela della salute e il rilievo che ha assunto il principio di uguaglianza nell'esercizio dei diritti costituzionali spiegano il consolidamento degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale che configurano i LEP sanitari come *benefits in kind* che devono essere erogati dal SSN (si tendono ad escludere dai LEP relativi al diritto alla salute i c.d. LEP procedurali e organizzativi)³⁰. In terzo luogo, la garanzia del pluralismo istituzionale nelle scelte politico-normative sui diritti costituzionali “a prestazione” (fra cui il diritto alla salute) è garantita dal principio di leale collaborazione (da qui la centralità dell'attività della Conferenza Stato-Regioni nella definizione delle politiche sanitarie nazionali, di cui i LEP sanitari, ossia i LEA sono il cuore). Inoltre, in questo contesto, i principi fondamentali in materia di tutela della salute (art. 117 c. 3° Cost.) assumono il ruolo di “principi uniformi” nella definizione dei rapporti fra utenti e SSN e dei caratteri organizzativi e strutturali del modello eteronomo di tutela della salute³¹.

Sotto un altro profilo, infine, il *principio di uguaglianza incide anche sull'allocazione delle competenze amministrative. Assume relativo rilievo il*

³⁰ C. Cost. nn. 120 del 2005; 387 del 2007; 200 del 2009; 235 del 2010; mentre, in favore dell'inclusione di questi nei LEP C. cost. nn. 134 del 2006; 279 del 2005. Sul tema E. Balboni, *Gli standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2007, 4333 spec. 4341.

³¹ Da C. cost. n. 338 del 2003 (che precisa quanto espresso in C. cost. n. 282 del 2002) e, successivamente, per tutte cfr. C. cost. n. 438 del 2008.



principio di sussidiarietà verticale, essendosi consolidato un modello di regionalizzazione delle funzioni amministrative. Quello italiano è un modello a *governo pubblico regionale della fase della erogazione delle prestazioni*, in cui il *principio di sussidiarietà orizzontale* o le aperture al *mercato* dei servizi sanitari giocano una funzione servente rispetto alle scelte politico-amministrative regionali (ciò, in particolare, successivamente alla riforma del 1999)³².

Sono dunque tratti caratterizzanti il modello italiano di tutela della salute, strutturato sui principi di eteronomia e di uguaglianza: la regionalizzazione di diversi oggetti della disciplina relativi alla *organizzazione* del servizio; l'allocazione a "livello statale" della definizione dei *contenuti* del diritto e della disciplina di principio dell'organizzazione dei servizi per la salute; la leale collaborazione nella definizione dei meccanismi di garanzia dei LEP e della relativa provvista finanziaria, il monitoraggio ed il controllo delle scelte da parte dell'Esecutivo statale (NSIS, AGENAS, organi tecnici del Ministero della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze) nella negoziazione con i governi regionali.

Questo modello consente la differenziazione dei servizi soltanto in base ai *risultati di gestione* dei servizi. *La variabilità dei risultati dei SSR dipende dalle modalità di erogazione delle prestazioni da parte delle p.a. regionali*. Ora, proprio perché l'*autonomia regionale (sia normativa che amministrativa)* dipende dai *risultati della gestione dei servizi sanitari*³³, in caso di incapacità di assicurare i livelli essenziali di assistenza nei limiti di "budget" prefissati, l'autonomia regionale viene annichilita. Poiché appare ormai un dato strutturale

³² Sul tema, per tutti, N. Aicardi, *La sanità*, cit., 414. Nella giurisprudenza costituzionale, sul tema C. cost. n. 200 del 2005.

³³ Cfr. C. cost. n. 141 del 2010; 163 del 2011; 182 del 2011.

l'incapacità di assicurare i LEA nel rispetto dei vincoli economico-finanziari, si può affermare che questo modello pone dei seri problemi sul piano dell'effettività della tutela del diritto alla salute, ma garantisce forti elementi di uniformità sul piano normativo.

3. COME LE STRATEGIE DELL'UGUAGLIANZA POSSONO DETERMINARE LA "CRISI" DI EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO ALLA SALUTE: L'IRREFRENABILE PREVALENZA DEL VINCOLO ECONOMICO-FINANZIARIO

La presenza, nel quadro costituzionale, del principio di uguaglianza, che rileva sul piano delle pari condizioni di esercizio del diritto alla salute sul territorio nazionale, si è detto, ha avuto importanti ricadute nella configurazione delle competenze normative statali. Sia nel vecchio quadro costituzionale che nella recente riforma costituzionale, poiché è rimasto fermo quello che qui è stato definito *modello eteronomo* di tutela della salute, sono emersi due ordini di problemi, entrambi legati al vincolo economico-finanziario. Il primo discende dalla circostanza che i livelli essenziali di assistenza *non possono* incidere sulla garanzia del *contenuto minimo essenziale del diritto* alla salute. Ciò comporterebbe una tendenziale rigidità della spesa sanitaria³⁴. Il secondo riguarda la *responsabilità* per l'uso delle risorse destinate al finanziamento del servizio sanitario: il nodo problematico riguarda il ruolo dell'Ente Regione. Da un lato, il livello regionale non può incidere sulle decisioni in tema di *fissazione* dei livelli essenziali e l'autonomia regionale inizia, per quanto riguarda l'aspetto delle prestazioni, proprio nelle *scelte* che vanno *oltre* la garanzia dei LEA. Dall'altro, l'Ente Regione è tenuto al rispetto dei vincoli economico-finanziari

³⁴ Problematica emersa ad es. in Corte cost. n. 416 del 1995.



stabiliti a livello statale per l'erogazione dei LEA. Ora, si è verificata una crisi del sistema, che nel periodo più recente è evidentissima, poiché molti sistemi sanitari regionali sono in costante *deficit* di bilancio, incapaci di garantire i *solli* livelli essenziali con le risorse ad essi destinate dal livello statale.

Nel tempo, per ovviare a tale problema, è stato fissato, nella legislazione statale e nella giurisprudenza costituzionale, il principio di responsabilità finanziaria delle Regioni³⁵, principio che si è tradotto, in epoca di *crisi finanziaria* dello Stato, in cui diversi sono stati i tentativi di ridimensionamento della spesa sanitaria, nella individuazione di meccanismi di controllo della spesa regionale e, di recente, di *sostituzione* dell'Ente Regione in caso di *deficit di bilancio* in sanità³⁶.

Quanto all'esigenza di comprimere la spesa sanitaria, il legislatore statale ha

³⁵ C. cost. nn. 356 del 1992; 452 del 1989. Assume rilievo anche la l. cost. n. 1 del 2012 nella parte in cui interviene sull'art. 97 Cost.

³⁶ Nella giurisprudenza costituzionale cfr. ad es. C. cost. n. 115 del 2012 sul rilievo dell'art. 81 Cost. e scelte regionali sulle prestazioni sanitarie. Cfr. spec. il percorso di costruzione di questa disciplina che giunge alla definizione dei meccanismi sanzionatori di cui alle leggi nn. 311 del 2004 e 191 del 2009 ed al d.lgs. n. 149 del 2011. Centrali sono state l'Intesa 23 marzo 2005 e l'Intesa 3 dicembre 2009 in Conferenza Stato-Regioni. Sui meccanismi di sostituzione successivamente previsti dal legislatore statale sono state avanzate diverse critiche, che riflettono la difficile qualificazione dei poteri sostitutivi *ex art.* 120 Cost., su cui, in questa sede non sembra il caso di soffermarsi. Cfr., nella giurisprudenza costituzionale, C. cost. n. 33 del 2012; 77 e 325 del 2011. Per la specifica disciplina della sostituzione in caso di *deficit di bilancio* in sanità A. Ruggeri, *Summum ius summa iniuria, ovvero sia quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali*, in *Consulta online*, reperibile alla pagina web <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri10.htm>; R. Dickmann, *Sull'esercizio del "potere legislativo", a titolo sostitutivo da parte dei commissari ad acta*, in *Federalismi*, n. 14/2008, reperibile alla pagina web <http://www.federalismi.it>, spec. 3 ss., che, semmai ritiene possa argomentarsi nel senso dei poteri sostitutivi normativi *ex art.* 117 c. 5° Cost.; E. Jorio, *Prime osservazioni sull'esercizio del potere legislativo da parte dei commissari ad acta*, n. 13/2008, reperibile alla pagina web <http://www.federalismi.it>; in tal senso anche G. Fontana, *L'incostituzionalità delle interferenze regionali sui poteri commissariali del Presidente della Giunta*, in *Giur. cost.*, 2011, 1196 ss.

più volte tentato di incidere sui criteri utilizzati per definire il *quantum* del fondo sanitario nazionale e per il finanziamento dei LEA. In particolare, emerge nella legislazione già dal 1996, l'esigenza di superare il criterio della "spesa storica" nel finanziamento del servizio sanitario³⁷. Inoltre, nell'intervento di riforma di cui al d.lgs. n. 229 del 1999 si apre chiaramente la questione del rapporto fra *criteri per la fissazione dei LEA e vincoli di bilancio*: i LEA vanno individuati *ex post*, una volta definito il vincolo di bilancio, oppure il vincolo di bilancio non può essere considerato come un *vincolo esogeno* ai LEA?

Quanto all'esigenza di evitare *deficit di bilancio in sanità a livello regionale*, è a partire dal 1997-1998, con l'introduzione dei patti di stabilità che a livello di Conferenza Stato-Regioni sono stati fissati, nei Patti per la salute, criteri e modalità di *garanzia* della stabilità finanziaria regionale³⁸. Questa disciplina è poi stata *legificata* nelle leggi finanziarie, di stabilità, negli interventi urgenti in materia di contenimento della spesa pubblica dell'ultimo quindicennio.

Gli strumenti per realizzare i due principi, della garanzia dei LEA (incomprimibilità della spesa finanziaria) e della responsabilità finanziaria, nella disciplina di attuazione degli artt. 119 e 120 Cost., sono stati costruiti, nel rispetto del principio di leale collaborazione (ci si riferisce alle intese in Conferenza Stato-Regioni note come "patti per la salute" ed alla loro *legificazione*),

³⁷ Sarà poi il d.lgs. n. 50 del 2000 a ribadirlo e alla l. cost. n. 3 del 2001 cfr. Patti per la salute e leggi finanziarie che li *legificano* e poi cfr. l. n. 42 del 2009 e d.lgs. n. 68 del 2011.

³⁸ Già con la l. n. 448 del 1998 si doveva procedere all'accertamento *definitivo* dei deficit in sanità. Sarà però l'art. 16 d.lgs. n. 229 del 1999 a definire «tutti gli elementi qualificanti dell'attuale procedura» (R. Balduzzi, *Una proposta che coniuga l'autonomia con la coerenza di sistema*, in *Monitor*, n. 28, 2011, 4, reperibile alla pagina web: http://www.agenas.it/agenas_pdf/monitor%2027.pdf.), intervenendo sulla riforma sanitaria del 1992. È l'introduzione dell'art. 19-ter d.lgs. n. 502 del 1992 a costituire *il modello* di intervento per il rientro dal *deficit*.



prevedendo forme di sostituzione normativa e amministrativa degli Enti che non rispettano i piani di rientro dal deficit³⁹; di responsabilizzazione dei soggetti chiamati a gestire il *deficit* di bilancio in sanità⁴⁰ e tentando di intervenire sul nodo dei flussi finanziari e della contabilità nel settore sanitario⁴¹ che già da tempo la dottrina aveva evidenziato essere uno degli aspetti problematici del *governo* della sanità⁴².

La legge n. 42 del 2009 ed i decreti legislativi attuativi si collocano in linea di continuità con il percorso avviato già negli anni '90⁴³. Il legislatore ha immaginato un *percorso di graduale attuazione* dei principi posti dalla legge di delega in continuità con il quadro dei rapporti Stato-Regioni emergente dalle due intese raggiunte in Conferenza Stato-Regioni del 2005 e del 2009 sui "Patti per la salute".

Obiettivo manifesto di questi interventi normativi è il raggiungimento dell'efficienza economica nella definizione delle risorse per i LEA⁴⁴. Strumenti per raggiungere tale obiettivo sono i meccanismi di calcolo dei *costi standard* e dei *fabbisogni standard statali e regionali*⁴⁵. Questi tre concetti definiranno il

³⁹ Cfr. spec. l. n. 311 del 2004; l. n. 191 del 2009.

⁴⁰ Cfr. spec. artt. 2 e 3 d.lgs. n. 149 del 2011.

⁴¹ Titolo II d.lgs. n. 118 del 2011.

⁴² Ad es. A. Brancasi, M. Cresti, *L'assistenza sanitaria tra scarsità delle risorse pubbliche ed apporto del "mercato"*, in AA.VV., *Contenimento della spesa pubblica ed efficienza dell'amministrazione nella crisi dello Stato sociale: il caso della sanità*, Pisa, 1997, 71 ss.

⁴³ Ci si riferisce ai d.lgs. nn. 68, 118 e 149 del 2011. Sulle problematiche attuative dell'art. 119 Cost. e la disciplina di attuazione (con riferimento ai problemi in materia di istruzione) P. Caretti, *I possibili effetti paradossali dell'attuazione del federalismo fiscale in relazione al mancato trasferimento delle funzioni alle regioni: il caso emblematico dell'istruzione scolastica in Le Regioni*, 2010, 459 ss.

⁴⁴ Per comprendere quanto siano in linea di continuità con la disciplina pre-riforma costituzionale cfr. C. cost. n. 355 del 1993.

⁴⁵ Il *fabbisogno sanitario nazionale standard* è la *quantità* di risorse finanziarie destinata dallo Stato alla spesa, su base annuale, per l'erogazione delle prestazioni sanitarie. Si tratta delle

livello di spesa per il servizio sanitario nazionale e incideranno sul livello di *garanzia* del diritto alla salute sul territorio nazionale.

Qual è la *ratio* perseguita dal legislatore nella costruzione di questi concetti giuridici?

Per quanto riguarda il *fabbisogno sanitario nazionale standard* appare evidente la tensione fra l'esigenza di *muovere dalla individuazione delle prestazioni comprese nei livelli essenziali di assistenza per definire il costo complessivo delle stesse* e quella di *controllare la spesa sanitaria per definire poi quali e quante prestazioni è possibile assicurare*.

Determinare il finanziamento dei LEA in base soltanto a valutazioni relative alla individuazione delle prestazioni sanitarie da includere negli stessi, imporrebbe di compiere delle scelte economico-finanziarie parametrare *soltanto* all'obiettivo di assicurare la tutela della salute. La spesa per i LEA sarebbe definita, in questo caso, essenzialmente dalla variabile tecnico-scientifica e da concetti quali la "salute" come "oggettiva" condizione di benessere della persona. Le scelte economico-finanziarie sarebbero *strumentali* a garantire una *quantità ideale* di prestazioni sanitarie che ciascun soggetto presente sul territorio nazionale dovrebbe poter ricevere per godere di uno stato di benessere psico-fisico inteso in senso "oggettivo". Queste scelte dovrebbero rispondere al seguente interrogativo: quanto costano le prestazioni sanitarie che possono essere

risorse destinate dallo Stato al finanziamento dei livelli essenziali di assistenza sanitaria. Il *fabbisogno regionale standard* è la *quantità* di risorse che ciascuna Regione riceve annualmente dallo Stato per il finanziamento dei LEA sanitari nell'ambito del servizio sanitario regionale. La somma di tutti i fabbisogni regionali standard deve equivalere al fabbisogno nazionale standard. Il *costo standard regionale* nel settore sanitario è la variabile percentuale in base alla quale viene effettuata la distribuzione, a ciascuna Regione, delle risorse statali per il finanziamento dei LEA.



considerate essenziali “allo stato delle migliori tecnologie disponibili” per assicurare il mantenimento di un buon livello di salute della popolazione presente sul territorio della Repubblica? Si dovrebbe procedere “per sommatoria di costi” delle singole prestazioni “essenziali”, ponendo l’accento sia sulla *qualità delle prestazioni erogate* sia *sull’ampiezza dell’offerta sanitaria da assicurare a tutti su tutto il territorio nazionale*.

Definire il finanziamento dei LEA nel quadro complessivo delle manovre finanziarie dello Stato, invece, impone di procedere spostando il punto di vista su un altro livello, quello della *quantità di prestazioni sanitarie che è economicamente sostenibile erogare*. In questa prospettiva sono le contingenze macro-economiche, i vincoli di bilancio posti agli Stati dal livello sovranazionale e imposti dalla finanziarizzazione dell’economia globale (dai “mercati”), le scelte “difficili” su come investire le risorse pubbliche per assicurare il perseguimento di *tutti* i fini costituzionali, fra cui anche la tenuta dell’equilibrio di bilancio. In questa prospettiva, le scelte economico-finanziarie sul finanziamento dei LEA, rispondono essenzialmente al seguente interrogativo: come *contemperare* il finanziamento della spesa sanitaria con la garanzia della complessiva stabilità finanziaria dello Stato? Le scelte economico-finanziarie sui LEA devono risultare *compatibili con il complesso della politica economica e finanziaria dello Stato* e garantiscono la quantità di prestazioni sanitarie che *è possibile assicurare a ciascun soggetto presente sul territorio nazionale per salvaguardare* il proprio benessere psico-fisico, inteso in senso “oggettivo”, nel quadro delle *attuali condizioni* delle finanze pubbliche e degli obblighi di stabilità economico-finanziaria assunti dalla Repubblica.

L’art. 25 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011 inquadra il problema in quest’ultima



prospettiva. Il legislatore mira ad assicurare che la spesa per i LEA e dunque, l'individuazione del fabbisogno nazionale standard, sia definita compatibilmente con «i vincoli di finanza pubblica» e gli «obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria».

Ora, la determinazione del fabbisogno nazionale standard è collegata alle scelte compiute nella selezione delle prestazioni che rientrano nei LEA e queste decisioni incidono sull'autonomia legislativa, amministrativa e finanziaria regionale. Pertanto, il legislatore statale ha ricalcato i moduli procedurali che meglio rispondono al principio di *leale collaborazione* fra gli Enti per l'individuazione del fabbisogno sanitario nazionale standard⁴⁶: sarà in Conferenza Stato-Regioni che dovrebbe essere assicurata la sostenibilità del finanziamento dei LEA. A tal proposito è il caso di richiamare l'esperienza dei recenti Patti per la salute che dimostra come le Regioni abbiano dovuto accettare delle clausole fortemente invasive della loro autonomia organizzativa e finanziaria come contropartita dell'inserimento di *meccanismi premiali* (finanziamenti aggiuntivi) per il rispetto delle “compatibilità” finanziarie delle scelte regionali con il Patto di stabilità interno⁴⁷.

Ad ogni modo, quello che qui interessa è che la determinazione del fabbisogno nazionale standard costituisce il *limite esterno* oltre il quale lo Stato non assicurerà, a regime, *copertura finanziaria* alle scelte sulle prestazioni sanitarie erogate dal SSN. Gli economisti lo definirebbero un «vincolo di bilancio esogeno fissato *top-down*»⁴⁸. Coerentemente, il legislatore ha orientato la definizione del

⁴⁶ Art. 26 cc. 1 e 2 d.lgs. n. 68 del 2011.

⁴⁷ La Corte costituzionale ha *avallato* queste soluzioni: C. cost. n. 36 del 2005; 98 del 2007.

⁴⁸ E. Caruso, N. Dirindin, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: le ambiguità del decreto legislativo n. 68 del 2011*, Paper for the Espanet Conference “Innovare il welfare.



fabbisogno regionale standard e del costo standard lungo tale direttrice: la compatibilità delle scelte sul finanziamento dei LEA, sia a livello statale che a livello regionale, con l'obiettivo dell'equilibrio economico-finanziario⁴⁹. Innanzitutto, il fabbisogno regionale standard viene determinato «comunque, nel rispetto del livello di fabbisogno standard nazionale»⁵⁰. A regime, gli elementi “oggettivi” di valutazione per la costruzione dei costi standard saranno i dati sull'erogazione dei LEA raccolti dal Nuovo sistema informativo sanitario (NSIS) del Ministero della salute⁵¹.

Il legislatore ha immaginato, però, una disciplina di carattere *transitorio* per due sono le ragioni *di sistema*: l'intero impianto della disciplina statale di attuazione dell'art. 119 Cost., per *essere compatibile* con il quadro costituzionale, deve consentire la «effettiva determinazione del contenuto finanziario dei livelli essenziali delle prestazioni»⁵²; il principio di leale collaborazione deve informare tutti i procedimenti volti a determinare i livelli essenziali delle prestazioni ed il loro finanziamento. Ne consegue che il legislatore statale *ha dovuto* costruire alcuni aspetti della disciplina transitoria in linea di continuità con le intese sui LEA ed il loro finanziamento⁵³.

Percorsi di trasformazione in Italia e in Europa” Milano, 29 Settembre — 1 Ottobre 2011, reperibile alla pagina web: <http://www.espanet-italia.net/conferenza2011/edocs1/sess%2020/20-caruso-dirindin.pdf>, 5 ss. (la citazione è di p. 6).

⁴⁹ Valutazioni analoghe venivano effettuate *de jure condendo* da A. Brancasi, M. Cresti, *L'assistenza sanitaria tra scarsità delle risorse*, cit., 77.

⁵⁰ Art. 29 c. 1 d.lgs. n. 68 del 2011.

⁵¹ Art. 27 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011, parla di «elementi informativi».

⁵² Così come previsto dall'art. 20 c. 1 lett. b) l. n. 42 del 2009. Sul tema LEP e attuazione dell'art. 119 Cost. nella l. n. 42 del 2009. F. Saitto, *La legge delega sul “federalismo fiscale”: i livelli essenziali delle prestazioni come misura economica dell'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2010, 2817; C. Tucciarelli, *La legge n. 42/2009: oltre l'attuazione del federalismo fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 61 ss., spec. paragrafo 3.4.1.

⁵³ Cfr. artt. 25 e 27 cc. 3 ss. d.lgs. n. 68 del 2011. Il legislatore, innanzitutto, ha tenuto fermo,



L'altro interrogativo riguarda, invece, l'incidenza di questa disciplina sulla differenziazione dei servizi sanitari regionali, ed in particolare, quali aspetti della disciplina sui costi standard e sui fabbisogni standard nel settore sanitario sarà "diritto comune" per le autonomie ordinarie e le autonomie speciali.

A tal riguardo bisogna distinguere fra la *disciplina transitoria* e la *disciplina applicabile "a regime"*⁵⁴. Nella fase transitoria, il meccanismo *sperimentale* di ripartizione del fabbisogno nazionale standard, ossia le modalità di calcolo del fabbisogno regionale standard, si applicherà alle *sole* Regioni a statuto ordinario, mentre le Regioni ad autonomia speciale, in ragione del principio di leale collaborazione, concorreranno *soltanto* alla rilevazione dei *dati* che, a regime, determineranno le scelte sul finanziamento dei LEA sanitari, ossia quegli «elementi informativi» e quei «dati necessari» all'attuazione del d.lgs. n. 68 del 2011⁵⁵, salvo, ovviamente che nella *definizione* in Conferenza Stato-Regioni del nuovo Patto per la salute (che coprirà proprio l'arco temporale del periodo transitorio), non si convenga diversamente.

per il triennio coperto dall'ultimo Patto per la salute, l'ammontare del fabbisogno sanitario nazionale standard stabilito con l'Intesa raggiunta in Conferenza Stato-Regioni il 3 dicembre 2009 (il Patto per la salute 2010-2012) e le successive rideterminazioni ad opera delle "manovre finanziarie" del 2010 (art. 26 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011). Analoga soluzione è stata immaginata per le scelte sulla programmazione nazionale del finanziamento della spesa sanitaria (art. 27 c. 3 d.lgs. n. 68 del 2011).

⁵⁴ L'art. 27 c. 4 d.lgs. n. 68 del 2011 specifica che *nel periodo transitorio* «il fabbisogno sanitario standard delle singole regioni a statuto ordinario» sarà la *grandezza finanziaria* che dovrà risultare *equivalente* «al livello del fabbisogno sanitario nazionale standard». Il fabbisogno regionale standard, «in fase di prima applicazione a decorrere dall'anno 2013» sarà determinato «applicando a tutte le regioni» dei «valori di costo rilevati nelle regioni di riferimento».

⁵⁵ Art. 31 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011. Il comma 3 dello stesso articolo estende alle Regioni ad autonomia speciale l'applicazione della disciplina sulla raccolta dei dati inerenti alla definizione dei fabbisogni standard per il finanziamento dei LEP inerenti all'esercizio di funzioni fondamentali degli Enti locali delle Regioni speciali (cfr. d.lgs. n. 216 del 2010).



Un'interpretazione sistematica di tale disciplina conduce a ritenere, di contro, che a regime il *principio dell'equivalenza* fra il totale dei fabbisogni regionali standard e il fabbisogno nazionale standard ed i *criteri di ripartizione delle risorse statali per il finanziamento dei LEA sanitari* (il *costo standard*) costituiranno una disciplina *comune* per le autonomie ordinarie e speciali. È il tenore dell'art. 29 d.lgs. n. 68 del 2011 (*revisione a regime dei fabbisogni standard*), che induce a propendere per tale soluzione. Il processo di revisione dei fabbisogni standard, infatti, si colloca in quello che le intese sui Patti per la salute hanno definito percorso di «efficientamento» dei servizi sanitari regionali e lo stesso legislatore delegato riprende tale terminologia⁵⁶. Ora, le Regioni ad autonomia speciale sono state pienamente coinvolte nel “percorso di efficientamento” come disciplinato dai Patti per la salute conclusi nel 2005 e nel 2009 e dalla successiva disciplina legislativa statale che ne ha operato la *legificazione*⁵⁷.

Il d.lgs. n. 68 del 2011, a proposito di tale percorso, ha esplicitato chiaramente che: 1) la revisione dei fabbisogni regionali standard effettuata in Conferenza sarà vincolata al rispetto di quello che è stato qui chiamato *principio di equivalenza* fra fabbisogno sanitario nazionale standard (che comprenderà il totale delle risorse destinate ai LEA sanitari) e il complesso dei fabbisogni regionali standard⁵⁸; 2) la revisione dei fabbisogni regionali avverrà «in coerenza con il processo di convergenza»⁵⁹ dalla spesa storica al fabbisogno standard. Tale

⁵⁶ Art. 29 c. 1 d.lgs. n. 68 del 2011.

⁵⁷ Peraltro, il d.lgs. n. 68 del 2011 immagina un meccanismo di revisione dei fabbisogni regionali standard costruito sui moduli con i quali è stato declinato sinora il principio di leale collaborazione: intese (con cadenza biennale), in Conferenza Stato-Regioni.

⁵⁸ Art. 29 c. 1 d.lgs. n. 68 del 2011.

⁵⁹ Art. 29 d.lgs. n. 68 del 2011.



processo è previsto dalla l. n. 42 del 2009 al fine di determinare la «effettiva determinazione del contenuto finanziario dei livelli essenziali delle prestazioni»⁶⁰, condizione *imprescindibile* per realizzare una corretta attuazione dell'impianto costituzionale sull'autonomia finanziaria regionale⁶¹. Se si guarda poi all'origine ed alla *ratio* di tale disciplina, si comprende come essa rappresenti la sintesi di procedure già indicate e sperimentate nei “Patti per la salute” successivamente *legificati* per assicurare maggiore efficienza ed adeguatezza nell'erogazione dei LEA, valevoli in larga parte anche per le Regioni ad autonomia differenziata.

L'impianto del d.lgs. n. 68 del 2011 induce quindi a ritenere che nel quadro di sistema della normativa di riforma dell'autonomia finanziaria regionale, le norme di attuazione degli Statuti speciali non potrebbero prevedere forme differenti di

⁶⁰ Art. 20, comma 1, lettera b) l. n. 42 del 2009, collegato all'attuazione dell'art. 18 l. n. 42 del 2009 come mod. dall'art. 51 c. 3 lett. a) l. n. 196 del 2006 che disciplina il *Patto di convergenza*.

⁶¹ Alla tesi interpretativa qui esposta potrebbe essere mossa un'obiezione fondata su un'interpretazione letterale del decreto legislativo n. 68 del 2011. L'art. 31 del d.lgs. n. 68 del 2011 mantiene ferme le clausole di salvaguardia dell'autonomia finanziaria degli enti ad autonomia differenziata recata dall'art. 1 l. n. 42 del 2009. Com'è noto, quest'ultima determina in modo espresso quali disposizioni della stessa legge delega sono applicabili alle regioni ad autonomia differenziata e, fra esse, non comprende gli articoli 18 e 20 c. 1 lett. b) sul processo di convergenza al fabbisogno standard. L'art. 1 l. n. 42 del 2009, infatti, stabilisce che sono applicabili agli Enti ad autonomia differenziata soltanto gli articoli 15, 22 e 27. Ora, è vero che l'art. 27 l. n. 42 del 2009, salvaguarda i *moduli procedurali* del principio “pattizio”, per cui lo svolgimento dei rapporti finanziari con lo Stato è disciplinato dalle norme di attuazione degli Statuti, ma esso richiama espressamente il principio per cui le spese per i livelli essenziali «sono determinate nel rispetto dei costi standard associati ai livelli essenziali delle prestazioni fissati dalla legge statale in piena collaborazione con le regioni e gli enti locali, da erogare in condizioni di efficienza e di appropriatezza su tutto il territorio nazionale»⁶¹, lasciando quindi fermi i principi recati dalla l. n. 42 del 2009 relativi alla *definizione del contenuto* della nozione di *costo standard* per i livelli essenziali delle prestazioni. A ciò si aggiunga che, la disciplina relativa al *Patto di convergenza* impone per gli aspetti che qui interessano «l'obiettivo della convergenza dei costi e dei fabbisogni standard dei vari livelli di governo nonché un percorso di convergenza degli obiettivi di servizio ai livelli essenziali delle prestazioni» di cui all'art. 117 c. 2° lett. m) Cost. (art. 18 l. n. 42 del 2009 come mod. dalla l. n. 196 del 2006).

determinazione del costo standard dei livelli essenziali delle prestazioni rispetto a quelle previste per le Regioni ad autonomia ordinaria, nelle materie e per le funzioni “estese” agli Enti ad autonomia differenziata in base all’art. 10 l. cost. n. 3 del 2001.

La posizione qui espressa, inoltre fa leva sul limite alla differenziazione imposto dal quadro costituzionale in tema di autonomia finanziaria delle Regioni speciali. È incontrovertibile, infatti, nella giurisprudenza costituzionale che anche le Regioni ad autonomia differenziata concorrono al risanamento della finanza pubblica e agli obiettivi di «solidarietà interistituzionale e coesione socio-economica»⁶². Con riferimento al tema qui in esame, si ritiene che ciò comporti *l’applicazione di un criterio uniforme per tutte le Regioni nella definizione dei costi standard* e che non sia possibile far rientrare nella disciplina del finanziamento dei LEA l’esigenza di *differenziazione* sul piano dei rapporti finanziari con lo Stato sottesa all’esigenza della perequazione⁶³. Quest’ultima esigenza dovrà trovare, appunto, soddisfazione nell’ambito della disciplina sulla perequazione e sugli interventi speciali (artt. 119 cc. 3° e 5° Cost.).

Quali saranno, invece, i tratti della disciplina transitoria che consentiranno di individuare *l’effettivo costo dei livelli essenziali delle prestazioni* e, quindi, di concludere il «processo di convergenza dalla spesa storica al fabbisogno

⁶² D. Immordino, *Ragioni e prospettive della specialità finanziaria nel nuovo assetto del sistema di finanza pubblica*, in *Le Regioni*, 2009, 1309, spec. 1341; Cfr. precedentemente all’approvazione della l. n. 42 del 2009 G. M. Salerno, *Le Regioni ad autonomia speciale ed il federalismo fiscale: una questione da affrontare*, in *Federalismi*, n. 12/2007 reperibile alla pagina web <http://www.federalismi.it>.

⁶³ Sul tema G. M. Salerno, *Coordinamento finanziario, autonomie speciali e coesione nazionale*, in *Federalismi*, n. 23/2008, 2, 4, 6, 10, reperibile alla pagina web <http://www.federalismi.it>, contra D. Immordino, *Ragioni e prospettive*, cit., 1343.

standard»⁶⁴?

Si tratta dei parametri e delle procedure che definiscono la nozione di costo standard e fabbisogno regionale standard, che dovrebbero assicurare l'efficienza economica del sistema sanitario⁶⁵.

Alcuni studi hanno messo in discussione la capacità delle soluzioni normative individuate di perseguire le finalità cui sarebbero preordinate, cioè la razionalizzazione della spesa, il miglioramento qualitativo, di efficienza ed efficacia nell'erogazione dei LEA da parte delle Regioni. I principali punti deboli del d.lgs. n. 68 del 2011 risiederebbero nelle modalità di calcolo del costo standard, che neutralizzerebbero la scelta delle Regioni di riferimento e non consentirebbero di influire sull'accesso al fabbisogno nazionale standard. In tale prospettiva, il d.lgs. n. 68 del 2011 sarebbe intervenuto soltanto sull'influenza della variabile demografica nel riparto del finanziamento. Il meccanismo dei *pesi* immaginato dal decreto legislativo del 2011 consentirebbe, da un lato, alle Regioni del sud di beneficiare di quote maggiori di risorse statali per i LEA e, dall'altro, di incrementare il finanziamento dei LEA in quelle regioni in cui la spesa sanitaria è al di sotto del livello delle Regioni *benchmark*, mentre, sinora, sarebbero state premiate le Regioni del nord⁶⁶.

Queste obiezioni, comunque, riguardano una tecnica di calcolo del costo standard che è applicabile in via transitoria. Dal 2014, per la revisione dei criteri da utilizzare per la determinazione dei fabbisogni regionali standard sarà necessaria un'Intesa in Conferenza con cadenza biennale⁶⁷. Sarà nell'ambito dei

⁶⁴ Art. 20 c. 1 lett. b) l. n. 42 del 2009.

⁶⁵ Art. 27 d.lgs. n. 68 del 2011.

⁶⁶ E. Caruso, N. Dirindin, *Costi e fabbisogni standard*, cit., 18-20.

⁶⁷ Art. 29 d.lgs. n. 68 del 2011.



processi di negoziazione su LEA e finanziamento degli stessi, si opereranno eventuali aggiustamenti a tali distorsioni del modello.

È comunque un dato incontrovertibile che il vincolo di bilancio assumerà una posizione preponderante nelle scelte sulla quantità e le tipologie di prestazioni “LEA”. Ciò emerge nelle scelte relative all’individuazione del fabbisogno nazionale standard⁶⁸. Il legislatore ha utilizzato un’espressione piuttosto equivoca nel definire “a regime” come si costruirà la relazione fra fabbisogno nazionale standard, costo standard e fabbisogni regionali standard: assumeranno rilievo i vincoli di bilancio imposti dagli obblighi sovranazionali e dalle intese con le Regioni sul Patto di stabilità interno oltre alle intese raggiunte in Conferenza Stato Regioni sui LEA, la revisione biennale dei costi standard, le intese sul fabbisogno nazionale standard.

Le procedure immaginate dal capo IV del d.lgs. n. 68 del 2011 potrebbero comportare, nel caso in cui non diventasse *sostenibile* il rapporto fra *quantità e tipologie dei LEA sanitari* da garantire e *spesa statale per i LEA* in ogni Regione, ad un ulteriore aumento delle probabilità che le Regioni andranno in *deficit* o non riusciranno a garantire i LEA in condizioni di efficienza e appropriatezza. Si avrebbe come diretta conseguenza una ulteriore compressione dell’autonomia organizzativa e finanziaria delle Regioni.

Sul punto, non si ha ancora alcun pronunciamento della Corte, anche se si riscontra l’emergere di una linea “rigorista” rispetto alla tutela dell’equilibrio

⁶⁸ L’art. 25 c. 3 d.lgs. n. 68 del 2011, potrebbe comportare effetti perversi poiché le modalità di definizione del costo standard e del fabbisogno standard non sono condotte in base a criteri che mirano ad assicurare sia il controllo della spesa sia a combattere le inefficienze del sistema, E. Caruso, N. Dirindin, *Costi e fabbisogni*, cit., 21.

economico-finanziario⁶⁹ sulla quale s'innesta la riforma costituzionale di cui alla l. cost. n. 1 del 2012 che interviene proprio per irrigidire ulteriormente tale vincolo.

4. IL LIMITE ECONOMICO-FINANZIARIO, EMERGENZA FINANZIARIA E PREVALENZA DEGLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI ED EUROPEI SULL'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO COSTITUZIONALE (ALLA SALUTE).

Nell'ultimo quindicennio è attraverso i principi e le regole sull'accesso ai finanziamenti statali per la garanzia dei LEA che si è maggiormente inciso sulle competenze regionali in materia di tutela della salute. Muovendo soprattutto dall'analisi della struttura dei procedimenti e dei criteri di allocazione delle risorse statali in sanità si possono prospettare alcune conclusioni sull'evoluzione del *welfare sanitario*.

Appare come dato strutturale la costruzione del rapporto fra livelli essenziali e spesa statale che *tende* a rendere i primi una variabile dipendente dalla seconda. La conseguenza è che i servizi sanitari regionali delle Regioni in *deficit o inadempienti* alla disciplina relativa all'erogazione dei LEA sono stati trasformati in complessi di strutture organizzati soltanto per assicurare la garanzia dei LEA.

La giurisprudenza costituzionale non ha inciso su questo *rapporto di forze*, pur se sollecitata dalle Regioni nelle difese e nei ricorsi da esse presentate in sede di giudizio in via principale⁷⁰.

In questi casi si è determinata l'impossibilità di svolgere il fine costituzionale della *differenziazione dell'assistenza sanitaria* sul piano delle strutture e delle

⁶⁹ C. cost. n. 115 del 2012.

⁷⁰ Cfr. C. cost. nn. 193 del 2007; 100 e 141 del 2010; 77, 123, 163, 182 del 2011.

prestazioni per rispondere alla domanda di salute proveniente dagli utenti (che giustifica l'attribuzione della potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute e l'autonomia amministrativa e finanziaria regionale).

Si può anche convenire con la *ratio* di fondo di questi interventi: consentire margini di manovra soltanto a quelle Regioni che hanno saputo utilizzare gli spazi di autonomia garantiti dalla Costituzione e *colpire* le Regioni che non hanno gestito in modo efficiente le risorse statali. Ma bisogna comunque evidenziare che i meccanismi di calcolo delle risorse statali per i LEA *potrebbero risultare insostenibili* anche per Regioni che sinora hanno fatto buon uso dell'autonomia regionale in materia sanitaria: si potrebbe chiedere *troppo* alle Regioni, ossia di assicurare un'ampia platea di LEA senza che lo Stato possa operare un investimento coerente con la finalità che s'intende raggiungere.

In tali casi si dovrebbe procedere al ridimensionamento dei LEA; al *peggioramento* degli indici di qualità, efficienza ed appropriatezza nella loro erogazione; al ridimensionamento dell'autonomia regionale *pur di assicurare l'uniformità nella garanzia dei LEA*. Nei primi due casi si correrebbe il rischio di intaccare il *contenuto essenziale del diritto alla salute* e quindi di *fallire nella tutela costituzionale di un diritto fondamentale*. Nell'ultima ipotesi, si ridurrebbero i servizi sanitari regionali a complessi di strutture che si devono occupare unicamente di assicurare i LEA.

C'è poi un altro rischio per il funzionamento del modello: l'incongruità dei mezzi prescelti dal legislatore rispetto ai fini che s'intendono perseguire.

È stato evidenziato che la costruzione dei rapporti fra gli Enti che hanno in carico le competenze sulla fissazione e l'erogazione dei LEA (cioè di quello che è *il nucleo* comune delle prestazioni sanitarie che vengono garantite sul territorio

della Repubblica), facendo leva, da un lato, sulla *responsabilità politico-amministrativa* delle Regioni nella spesa e nell'organizzazione dei servizi sanitari e, dall'altro, sulla posizione dello Stato come *garante ultimo* della stabilità finanziaria del sistema sanitario nazionale, potrebbe impedire di realizzare l'obiettivo del miglioramento della qualità, dell'efficacia, dell'efficienza nell'erogazione delle prestazioni da parte del servizio sanitario nazionale e nell'allocazione delle risorse pubbliche. Questo sarebbe dovuto a diversi ordini di motivi, fra i quali, in questa sede interessa rilevare, l'incoerenza rispetto al fine della disciplina sui LEA.

La disciplina sui LEA, infatti, è oggi evidentemente *sbilanciata* rispetto al raggiungimento dell'equilibrio finanziario. Questo potrebbe *impedire* di raggiungere l'obiettivo dell'«effettiva tutela dei livelli essenziali delle prestazioni» e, di conseguenza, impedire la costruzione di una vera *comunità politica*, mettendo a rischio lo stesso principio unitario⁷¹, perché subordinerebbe alla capacità economica dei territori la possibilità di garantire livelli adeguati di servizio. Costruire i LEA sulla base della *sostenibilità* finanziaria significherebbe ancorare il senso della normatività della Costituzione soltanto al principio di gradualità nella sua attuazione e allentare le maglie del controllo delle scelte politico-normative in tema di diritti sociali. Questo è il percorso seguito dal legislatore e tale scelta è stata resa manifesta nel decreto legislativo n. 68 del 2011.

Ci si chiede se questo percorso sia lo svolgimento di scelte avallate dalla giurisprudenza costituzionale, soprattutto in epoche di *contenimento* della spesa

⁷¹ G. Pitruzzella, *Sanità e Regioni*, cit., 1180-1183; Id., *Problemi e pericoli del «federalismo fiscale» in Italia*, in *Le Regioni*, 2002, 977, spec. 983.

pubblica imposte anche dai vincoli di bilancio europei⁷².

Questo interrogativo appare cruciale, perché, se così fosse, la funzione che i diritti (sociali) hanno rivestito nel quadro costituzionale italiano ed europeo nel II dopoguerra, legata all'idea di «modificare l'intero quadro della disuguaglianza sociale»⁷³ – cederebbe rispetto alla garanzia della stabilità finanziaria dello Stato, variabile delle politiche monetarie dell'organizzazione sovranazionale europea⁷⁴. Si ricordi, poi, che in periodi di grave crisi finanziaria dello Stato sono già state ammesse forti riduzioni della spesa sanitaria, anche dalla Corte costituzionale⁷⁵.

Le conseguenze possibili di uno scenario in cui il finanziamento dei LEA può essere compresso sarebbero la ridefinizione dei caratteri strutturali del diritto alla salute, che vedrebbe la prevalenza del limite economico-finanziario. Questa sarebbe determinata da una limitazione *di fatto* della sovranità sull'esercizio dei poteri normativi e di governo della spesa pubblica⁷⁶; dal neo-centralismo dello Stato in materia di *gestione* delle risorse (ed effettiva tutela del diritto alla salute – si pensi al contenzioso costituzionale su patto di stabilità e coordinamento finanziario); dalla circostanza che se i LEA vengono ridimensionati, viene ridimensionato a livello *di politica sanitaria* il complesso delle prestazioni da garantire in modo eguale su tutto il territorio nazionale, con possibile lesione del *contenuto minimo essenziale* del diritto alla salute. Rispetto a quest'ultimo profilo si ritiene che le scelte normative sui LEA possano

⁷² Questo è quanto appare sotteso ad es. a C. cost. n. 325 del 2011. Sul punto cfr. A. Ruggeri, *Summum ius summa iniuria*, cit.

⁷³ T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class* (1950), trad. it. *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di S. Mezzadra, Roma-Bari, 2002, 50.

⁷⁴ Si pensi alla l. cost. n. 1 del 2012.

⁷⁵ C. cost. n. 356 del 1992.

⁷⁶ D. Bifulco, *I diritti sociali nella prospettiva della mondializzazione*, in *Dem. dir.*, 2005, 207.



pregiudicare il nucleo duro del diritto alla salute e soltanto *ex post* i singoli potrebbero garantire effettività a tale diritto, mediante il ricorso alla tutela giurisdizionale: ciò significa che a fronte di una diffusa ineffettività del diritto alla salute (un aumento delle disuguaglianze), i LEP ed i loro meccanismi di garanzia non assicurerebbero l'uguale esercizio del diritto alla salute quanto, piuttosto, il controllo della spesa sanitaria regionale.

